



# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, PROCESSUALE CIVILE,  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO INTERNAZIONALE - CICLO XXII

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

## **I POPOLI INDIGENI NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE: DIRITTO ALLA TERRA E DIRITTI UMANI**

IUS/13

Dott.ssa MAGDA ROSSI  
Matr. R07328

TUTOR:

Chiar.mo Prof. FRANCESCO SEATZU  
Chiar.ma Prof.ssa ILARIA VIARENGO

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.mo Prof. MARCO PEDRAZZI

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

Premessa .....	5
----------------	---

## I CAPITOLO INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLE PROBLEMATICHE INDIGENE

1. La nozione di “popoli indigeni” .....	11
2. Diritti individuali <i>versus</i> diritti collettivi .....	20
3. Riflessioni sull’importanza del <i>diritto alla terra</i> per la garanzia dei diritti umani dei popoli indigeni.....	24
3.1. Le origini del <i>diritto alla terra</i> dei popoli indigeni.....	24
3.2. <i>Segue</i> : Il problema dell’autodeterminazione .....	28
3.3. <i>Segue</i> : Interpretazioni del diritto di proprietà nel sistema dei diritti umani ai fini della tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni .....	36

## II CAPITOLO LA TUTELA DEI POPOLI INDIGENI ATTRAVERSO GLI STRUMENTI UNIVERSALI DEI DIRITTI UMANI

1. Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la tutela dei popoli indigeni.....	43
1.1. Il diritto di autodeterminazione e la sua controversa applicazione ai popoli indigeni.....	44
1.2. La tutela dei popoli indigeni secondo l’art. 27 dell’ICCPR .....	47
1.3. L’interpretazione del diritto alla famiglia e alla riservatezza nel caso <i>Hopu and Bessert v. France</i> per garantire la protezione dei territori indigeni.....	52
1.4. Altri diritti dell’ICCPR “utili” alla tutela dei popoli indigeni: gli artt. 25 e 26.....	55
2. Il Patto sui diritti Economici, Sociali e Culturali e l’operato del CESCR in relazione ai popoli indigeni ...	57
3. Le raccomandazioni e le osservazioni del Comitato per l’eliminazione della discriminazione razziale: la garanzia dell’autodeterminazione e del diritto alla terra per la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni.....	64
4. La Convenzione sui Diritti del Fanciullo e le disposizioni a tutela dei soggetti indigeni nell’interpretazione del Comitato per i diritti del fanciullo .....	70

## III CAPITOLO SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI E POPOLI INDIGENI

1. Il contributo del sistema europeo dei diritti umani alla tutela dei diritti dei popoli indigeni .....	76
2. La difficile protezione dei popoli indigeni attraverso il sistema africano dei diritti umani.....	83
2.1. Il caso <i>SERAC v. Nigeria</i> : la violazione del <i>diritto alla terra</i> , all’ambiente, alla salute e alla vita del popolo degli Ogoni .....	88
3. I popoli indigeni nel sistema interamericano dei diritti umani .....	91
3.1. La <i>Commissione Interamericana per i Diritti dell’Uomo</i> e la tutela dei popoli indigeni .....	95
3.2. La giurisprudenza “evolutiva” della Corte Interamericana dei diritti dell’uomo .....	103
3.2.1. Il <i>Caso Aloeboetoe et al. v. Suriname</i> .....	104
3.2.2. Il <i>Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua: il riconoscimento del diritto alla terra ai popoli indigeni</i> .....	106
3.2.3. Il <i>Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala</i> .....	110
3.2.4. Il <i>Caso Comunidad Moiwana v. Suriname</i> .....	113
3.2.5. Il <i>Caso YATAMA v. Nicaragua</i> .....	116
3.2.6. Il <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay</i> .....	118
3.2.7. Il <i>Caso Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay</i> .....	120
4. Osservazioni conclusive .....	122

IV CAPITOLO  
STRUMENTI GIURIDICAMENTE VINCOLANTI A TUTELA DEI POPOLI INDIGENI: LE  
CONVENZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO

1. Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella garanzia dei diritti dei popoli indigeni .....	125
2. Struttura e meccanismi di supervisione della OIL .....	128
3. Un primo passo verso la garanzia dei diritti dei popoli indigeni: la Convenzione OIL n. 107 del 1957 ....	131
3.1. I soggetti titolari dei diritti stabiliti dalla Convenzione OIL n. 107 e l'affermazione dei loro diritti fondamentali attraverso il sottile equilibrio tra "integrazione" e "protezione" .....	132
3.2. I diritti territoriali nella Convenzione OIL n. 107 .....	136
4. La Convenzione OIL n. 169 e la svolta nella tutela dei diritti dei popoli indigeni .....	140
4.1. Soggetti beneficiari e principi generali .....	140
4.2. I diritti territoriali e relative garanzie previste dalla Convenzione OIL n. 169 .....	145
4.3. Altre disposizioni della Convenzione OIL n. 169 .....	158
5. L'impatto della Convenzione OIL n. 169 sugli ordinamenti nazionali: il riconoscimento dei diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati parte .....	162
6. I diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati che non sono parte della Convenzione OIL n. 169 .....	178

V CAPITOLO  
STRUMENTI DI *SOFT LAW* UNIVERSALI E REGIONALI:  
LA DICHIARAZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI E IL  
PROGETTO DI DICHIARAZIONE AMERICANA SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI

1. Le fasi del processo di adozione della UNDRIP .....	182
2. Il sistema di monitoraggio delle Nazioni Unite sulle questioni indigene .....	187
3. Contenuti principali della UNDRIP .....	189
3.1. <i>Segue</i> : Il principio di autoidentificazione .....	190
3.2. <i>Segue</i> : La dimensione collettiva della UNDRIP .....	192
3.3. <i>Segue</i> : Il diritto di autodeterminazione .....	193
3.4. <i>Segue</i> : Terra, territorio e risorse naturali .....	199
3.5. <i>Segue</i> : Il riconoscimento della diversità culturale .....	205
4. Riflessioni conclusive sulla portata della UNDRIP .....	210
5. Il Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni: breve rassegna sul processo di elaborazione del testo della OAS .....	211
5.1. Principali contenuti del Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni .....	213
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>219</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>225</b>
<b>DOCUMENTI DI RIFERIMENTO</b> .....	<b>235</b>



“Savages we call them, because their Manners differ from ours,  
which we think the Perfection of Civility.  
They think the same of theirs.”

Benjamin Franklin, *Remarks Concerning the Savages of North America*, 1784

## **Premessa**

A partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, il sistema dei diritti umani si è affermato nella struttura preesistente del diritto internazionale, oltre che aver “eroso” parte dell’estesa giurisdizione esclusiva degli Stati. Questa sfera del diritto internazionale ha progressivamente “invaso” l’area delle attività precedentemente di esclusiva pertinenza dei governi territoriali: il dogma secondo il quale gli individui dovevano essere considerati esclusivamente come “oggetto di protezione” del proprio Stato di appartenenza si è modificato durante gli anni<sup>1</sup>. In particolare, attualmente, l’obbligo degli Stati di rispettare i diritti umani, e di assicurarli nel proprio territorio, consiste non solo nel non attuare condotte che possano violare direttamente tali diritti, ma anche nel prevenire e nel reprimere le violazioni da parte di attori non statali che agiscano all’interno della giurisdizione degli Stati in questione<sup>2</sup>.

In un periodo di tempo relativamente breve, i popoli indigeni, che non hanno avuto la possibilità di partecipare alla creazione del diritto internazionale, hanno imparato a utilizzarlo per affermare le proprie rivendicazioni. In particolare, sulla base dei principi e del sistema dei diritti umani esistente, i popoli indigeni hanno formulato la propria richiesta di giustizia e sono oggi al centro degli interessi e delle priorità nell’agenda internazionale.

I gruppi indigeni sono tra i più emarginati e vulnerabili al mondo e la comunità internazionale ha riconosciuto l’urgenza di intervenire per tutelare i diritti umani

---

<sup>1</sup> Vedere LENZERINI, *Reparation for Indigenous Peoples – International and Comparative Perspective*, Oxford, 2008, p. 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

fondamentali di questi popoli, i quali, per quanto risiedano in differenti zone del pianeta e presentino caratteristiche differenti, sono accomunati dalla stessa secolare storia di oppressione e discriminazione<sup>3</sup>.

Sul piano internazionale la prima organizzazione a occuparsi dei gruppi indigeni è l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), con la *Convenzione OIL n. 107* nell'anno 1957, benchè sulla base dello spirito assimilationista prevalente nell'epoca in cui è stata redatta. Il processo di reale riconoscimento delle richieste dei popoli indigeni ha inizio nel 1971, anno in cui la *Sub-Commission on Prevention of Discrimination of Minorities* conferisce l'incarico a Martinez Cobo di realizzare uno studio sul tema della discriminazione delle popolazioni indigene. A seguito di questa importante analisi, nel 1982, in seno alle Nazioni Unite emerge la necessità di creare un organo specifico, il *Working Group on Indigenous Populations* (WGIP), che avrebbe avuto due compiti ufficiali: analizzare la situazione della tutela e promozione dei diritti umani dei popoli indigeni nel mondo e stilare una serie di norme internazionali relative ai diritti di questi popoli<sup>4</sup>. Grazie all'esistenza di questo gruppo di lavoro, costituito da cinque esperti, ma aperto alle organizzazioni della società civile, la partecipazione diretta dei rappresentanti indigeni, quali portavoce delle proprie rivendicazioni all'interno delle Nazioni Unite, viene consolidata di anno in anno<sup>5</sup>.

Nel 1989 l'OIL sostituisce la *Convenzione OIL n. 107* con la *Convenzione OIL n. 169*, documento nel quale viene eliminata qualsiasi tendenza integrazionista, per affermare uno spirito solidaristico.

A partire dagli anni novanta un'attenzione particolare per i popoli indigeni viene sviluppata anche nel discorso relativo alla tutela dell'ambiente, oltre che nell'ambito della tutela dei diritti umani. Nel 1992 durante la *Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sullo Sviluppo e sul Clima*, a Rio de Janeiro, viene sottolineato lo stretto legame tra tutela dell'ambiente e popoli indigeni, identificando questi ultimi come i veri custodi della terra,

---

<sup>3</sup> Secondo i dati attuali sono circa 350 milioni gli individui che si possono definire indigeni nel mondo e sono divisi in circa cinquemila popoli. La flessibilità di queste statistiche deriva dall'incertezza dei criteri per definire "indigeno" un popolo (si immagini un contesto come quello africano) oltre che dalla complessità di realizzare delle operazioni di censimento degli stessi individui che normalmente risiedono in zone disperse (dati riscontrabili nel sito del *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues* <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi>).

<sup>4</sup> Cfr. FODELLA, *International law and the diversity of indigenous people*, in *Vermont Law Review*, n. 30, del 2006, p. 565 ss.

<sup>5</sup> Il WGIP verrà aperto a tutti i rappresentanti dei popoli indigeni, alle comunità e alle organizzazioni e in alcune sessioni parteciperanno oltre settecento persone, tra accademici, osservatori dei governi e organizzazioni della società civile.

ma anche come prime potenziali vittime del deterioramento ambientale. Gli articoli 22 e 23 della *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo* sottolineano proprio il vincolo tra queste popolazioni e l'ambiente. Parte della dottrina inizierà a sostenere la tesi dell'“ecocidio”, in relazione ai popoli indigeni, vale a dire l'eliminazione di una cultura di un popolo attraverso la distruzione del suo *habitat*<sup>6</sup>, affermando così il vincolo *uomo-terra* in una prospettiva di gestione delle risorse naturali, in vista degli interessi e della sopravvivenza delle generazioni future.

Nel campo dei diritti umani, l'interesse per i popoli indigeni cresce, nel 1993, durante la *Vienna World Conference on Human Rights*<sup>7</sup>, viene affermato che i popoli indigeni possono apportare un contributo unico alla società. Nel 1994, nel *Programme of Action of the International Conference on Population and Development*<sup>8</sup>, viene analizzata la situazione dello stato di discriminazione dei popoli indigeni nel mondo e nel testo vengono evidenziate una serie di necessità e problematiche relative a i popoli indigeni, sollecitando i governi interessati a mettere in atto politiche di sviluppo per garantire alcuni diritti fondamentali a questi gruppi, come il diritto alla salute e all'istruzione.

Nel 1995 viene ufficialmente inaugurata dalle Nazioni Unite la prima *International Decade of the World's Indigenous Peoples (1995-2004)*<sup>9</sup>, il cui tema è “*Indigenous people, partnership in action*”, l'obiettivo principale è rafforzare la cooperazione per risolvere i problemi relativi ai popoli indigeni nelle differenti aree del sistema di tutela dei diritti umani, dell'ambiente, dello sviluppo, dell'istruzione e della salute.

---

<sup>6</sup> Cfr. WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples*, Londra, 2007.

<sup>7</sup> *World Conference on Human Rights*, Vienna, 14-25 giugno 1993, da cui nasce la *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/23 del 12 luglio 1993, par. 20: “The World Conference on Human Rights recognizes the inherent dignity and the unique contribution of indigenous people to the development and plurality of society and strongly reaffirms the commitment of the international community to their economic, social and cultural well-being and their enjoyment of the fruits of sustainable development. States should ensure the full and free participation of indigenous people in all aspects of society, in particular in matters of concern to them. Considering the importance of the promotion and protection of the rights of indigenous people, and the contribution of such promotion and protection to the political and social stability of the States in which such people live, States should, in accordance with international law, take concerted positive steps to ensure respect for all human rights and fundamental freedoms of indigenous people, on the basis of equality and non-discrimination, and recognize the value and diversity of their distinct identities, cultures and social organization.”.

<sup>8</sup> *Programme of Action of the International Conference on Population and Development*, A/CONF.171/13 del 18 ottobre 1994, El Cairo, parr. 3.1-3.3.

<sup>9</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 48/163 del 21 dicembre 1993. Vedere anche il *Programme of Activities for the International Decade in 1995*, Ris. 50/157 del 21 dicembre 1995, in cui l'Assemblea Generale riconosce e valorizza la diversità delle culture e delle forme di organizzazione dei popoli indigeni, sostenendo che lo sviluppo dei popoli indigeni potrebbe contribuire al progresso socio-economico, culturale e ambientale dei paesi in cui risiedono.

La presenza dei popoli indigeni nell'ONU viene consolidata nel 2000, con l'istituzione del *Permanent Forum on Indigenous Issues* (UNPFII)<sup>10</sup>.

Le principali problematiche indigene vengono delineate in diversi contesti, come per esempio nel 2001, in occasione della *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance* dove viene redatta la *Durban Declaration and Plan of Action*<sup>11</sup>, documento in cui si esige agli Stati di analizzare in che modo le proprie politiche nuocciano ai popoli indigeni e di promuovere strategie per eliminare il razzismo e la mancata partecipazione degli stessi popoli nei progetti di sviluppo, di garantire loro il diritto di consultazione in caso di questioni che li riguardano, in particolare alla luce del vincolo speciale di queste comunità con le terre in cui vivono.

Nel 2005, l'Assemblea Generale proclama il secondo decennio dedicato ai popoli indigeni, "*A Decade for Action and Dignity*" e stabilisce il programma di azione vigente, che rispetto al decennio precedente mira non più al semplice riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni, ma all'azione coordinata e all'attuazione di politiche e strategie per la garanzia effettiva di questi diritti nel mondo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> ECOSOC, E/RES/2000/22 del 28 luglio 2000. Inaugurato dal discorso di Mary Robinson, *UN High Commissioner for Human Rights*, in occasione del *First Meeting of Permanent Forum High Point of UN Decade*, consultabile nel sito internet <http://www.un.org/rights/indigenous/backgroundunder1.htm>: "Promises to give indigenous peoples a unique voice within the United Nations system, commensurate with the unique problems which many indigenous people still face, but also with the unique contribution they make to the human rights dialogue."

<sup>11</sup> *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, Durban, 31 agosto-8 settembre 2001, approvata dall'Assemblea Generale con Ris. 56/266 del 15 maggio 2002, par. 39-45. In particolare si delineano le principali problematiche legate ai popoli indigeni, par. 42: "We emphasize that, in order for indigenous peoples freely to express their own identity and exercise their rights, they should be free from all forms of discrimination, which necessarily entails respect for their human rights and fundamental freedoms. Efforts are now being made to secure universal recognition for those rights in the negotiations on the draft declaration on the rights of indigenous peoples, including the following: to call themselves by their own names; to participate freely and on an equal footing in their country's political, economic, social and cultural development; to maintain their own forms of organization, lifestyles, cultures and traditions; to maintain and use their own languages; to maintain their own economic structures in the areas where they live; to take part in the development of their educational systems and programmes; to manage their lands and natural resources, including hunting and fishing rights; and to have access to justice on a basis of equality;" e par. 43: "We also recognize the special relationship that indigenous peoples have with the land as the basis for their spiritual, physical and cultural existence and encourage States, wherever possible, to ensure that indigenous peoples are able to retain ownership of their lands and of those natural resources to which they are entitled under domestic law".

<sup>12</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. A/RES/59/174 del 24 febbraio 2005. Gli obiettivi del secondo decennio vengono stabiliti nel *Draft Programme of Action for the Second International Decade of the World's Indigenous People*, Ris. A/60/279 del 18 agosto 2005, par. 9: "The five objectives suggested for the Decade are as follows: (i) Promoting non-discrimination and inclusion of indigenous peoples in the design, implementation and evaluation of international, regional and national processes regarding laws, policies, resources, programmes and projects; (ii) Promoting full and effective participation of indigenous peoples in decisions which directly or indirectly affect their lifestyles, traditional lands and territories, their cultural integrity as indigenous peoples with collective rights or any other aspect of their lives, considering the



Il processo di affermazione delle rivendicazioni indigene nel contesto internazionale culmina idealmente nel 2007 con l'adozione della *Dichiarazione Universale dei Diritti dei Popoli Indigeni* (UNDRIP)<sup>13</sup>.

Lo scopo del presente lavoro consiste nell'analizzare come gli strumenti del sistema internazionale dei diritti umani hanno saputo rispondere alle esigenze di tutela dei popoli indigeni. In particolare, nel capitolo primo dell'elaborato verranno affrontate le origini delle principali questioni legate alle richieste di questa categoria specifica, a partire dal diritto ai territori ancestrali e all'affermazione del binomio *diritto alla vita-diritto alla terra*, che verrà accolto anche dalla prassi degli organismi universali a tutela dei diritti umani, analizzata nel secondo capitolo. Nella terza sezione verrà approfondita la giurisprudenza delle corti regionali per i diritti dell'uomo in tema di popoli indigeni, attraverso lo studio dei differenti contributi nel contesto europeo, africano e americano. Un'attenzione particolare verrà rivolta all'operato della *Corte Interamericana per i Diritti dell'Uomo*, la quale ha saputo interpretare in maniera "evolutiva" i principi fondamentali contenuti nella *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* del 1969<sup>14</sup>, ai fini di promuovere una tutela effettiva ai popoli indigeni come collettività. La Corte Interamericana ha inoltre previsto delle misure riparatorie per le violazioni dei diritti umani di questi popoli, in grado di conciliare i principi di ristabilimento della giustizia tipici della visione indigena con il sistema classico di garanzia dei diritti umani. La stessa Corte ha per la prima volta riconosciuto il *diritto alla terra* nella sua dimensione collettiva, nella rivoluzionaria sentenza *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*<sup>15</sup>, riconoscendo tale diritto come presupposto fondamentale per assicurare la tutela dell'insieme diritti umani degli individui indigeni.

Per avere una visione completa degli strumenti internazionali a tutela dei popoli indigeni, nel quarto capitolo viene analizzato il percorso dell'OIL, in quanto prima agenzia delle Nazioni Unite a volgere la propria attenzione verso questo gruppo e a produrre gli unici

---

principle of free, prior and informed consent; (iii) Redefining development policies that depart from a vision of equity and that are culturally appropriate, including respect for the cultural and linguistic diversity of indigenous peoples; (iv) Adopting targeted policies, programmes, projects and budgets for the development of indigenous peoples, including concrete benchmarks, and particular emphasis on indigenous women, children and youth; (v) Developing strong monitoring mechanisms and enhancing accountability at the international, regional and particularly the national level, regarding the implementation of legal, policy and operational frameworks for the protection of indigenous peoples and the improvement of their lives.”.

<sup>13</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. n. 61/295 del 13 settembre 2007.

<sup>14</sup> *Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, San José de Costa Rica, 22 novembre 1969.

<sup>15</sup> CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentenza del 31 agosto 2001.

due strumenti vincolanti e specifici per la protezione degli indigeni, nell'ordinamento internazionale. Le *Convenzioni OIL n. 107* e *n. 169* hanno avuto una grande importanza per il riconoscimento dei popoli indigeni negli ordinamenti nazionali degli Stati che le hanno ratificate e hanno influenzato il linguaggio e la formulazione degli strumenti di *soft law* dedicati ai diritti indigeni, come si potrà dedurre dall'analisi di questi ultimi, realizzata nel capitolo quinto dell'elaborato.

Al termine del lavoro si trarranno delle conclusioni utili ai fini della comprensione dei risultati ottenuti ai fini della salvaguardia dei popoli indigeni nell'ordinamento internazionale, nel campo dei diritti umani, e si cercheranno di individuare gli eventuali possibili sviluppi e le conseguenze future delle questioni rimaste ancora controverse.

## CAPITOLO I

### INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLE PROBLEMATICHE INDIGENE

SOMMARIO: 1. La nozione di “popoli indigeni”. - 2. Diritti individuali *versus* diritti collettivi. - 3. Riflessioni sull’importanza del *diritto alla terra* per la garanzia dei diritti umani dei popoli indigeni. - 3.1. Le origini del *diritto alla terra* dei popoli indigeni. – 3.2. *Segue*: Il problema dell’autodeterminazione. – 3.3. *Segue*: Interpretazioni del diritto di proprietà nel sistema dei diritti umani ai fini della tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni.

#### 1. La nozione di “popoli indigeni”

La prima questione che si deve affrontare nello studio di un gruppo di norme è la definizione dei soggetti a cui si riferiscono. In questa sede è pertanto necessario soffermarsi sul significato giuridico-formale dell’espressione “popoli indigeni”<sup>1</sup>.

I differenti termini con cui storicamente il diritto internazionale si è riferito ai popoli indigeni (tra cui appunto popolo, popolazione, comunità, minoranza, gruppo) hanno condotto all’elaborazione di sistemi di tutela diversi nel diritto internazionale consuetudinario e convenzionale. Dal punto di vista contenutistico, le qualifiche di indigeno, aborigeno e tribale sono state attribuite indistintamente a comunità molto differenti tra loro: da piccoli gruppi nomadi a popolazioni disperse in vaste regioni

---

<sup>1</sup> Dal punto di vista etimologico, il vocabolo “indigeni” deriva dal latino *indigenae*, ovvero nativi del luogo, in contrapposizione agli *advenae* vale a dire persone estranee, straniere, che sono giunte successivamente. Il termine “aborigeni” proviene a sua volta dal latino *Aborigenes*, che era il nome dato ai primi abitanti dell’Italia centrale e viene poi utilizzato col significato traslato di “primi abitanti di una terra” (*dall’origine*); allo stesso modo la parola “autoctoni”, che trova le sue radici nel Greco, indica un gruppo di individui che sono nati “nel suolo stesso”, rispetto a coloro che non vi sono nati e sono arrivati *dopo*. Il criterio “*priority in time*”, come strumento di identificazione delle popolazioni indigene, è stato messo in crisi dalla scoperta di resti di uno scheletro presso il Columbia River in Kennewick, Washington, che presentava tratti somatici caucasici, di probabile origine euroasiatica. Nella comunità internazionale si scatenò il celebre “Caso Kennewick”, facendo riflettere su quale sarebbe stato il punto storico da utilizzare come riferimento per parlare di “abitanti originari”, “nativi” di un territorio. Cfr. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, 2002 p. 35 e ANAYA, *International Law and Indigenous People*, Wiltshire, 2003, p. 114.

geografiche, fino a comunità numerose che possono costituire delle minoranze, ma a volte addirittura la maggioranza del corpo sociale di uno Stato<sup>2</sup>.

Un'interessante analisi storica dell'utilizzo dei termini che si riferiscono ai popoli indigeni nella pratica internazionale, si può ritrovare nel documento *Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People*, realizzato dal *Chariperson-Rapporteur* Daes, la quale constata:

“the concept of "indigenous" is not capable of a precise, inclusive definition which can be applied in the same manner to all regions of the world. However, greater agreement may be achieved with respect to identifying the principal factors which have distinguished "indigenous peoples" from other groups in the practice of the United Nations system and regional intergovernmental organizations. [...] The task of clarifying the concept of "indigenous" is accordingly complicated by the fact that the United Nations has previously failed to devise reasonably precise definitions of "peoples" or "minorities". Since the three concepts "indigenous", "peoples" and "minorities" are logically and legally related, it would be necessary to refine all of them simultaneously, lest our efforts to clarify the concept of "indigenous" add to the existing uncertainty in the meaning of the other related concepts”<sup>3</sup>.

Uno dei primi documenti internazionali in cui si allude ai popoli indigeni è l'art. 6 del *Final Act* della *Berlin Africa Conference* del 1884-1885 dove le grandi potenze coloniali parlano di protezione delle “popolazioni indigene” dell'Africa e le distinguono come persone che si trovavano nel continente precedentemente alla conquista e che al momento vivevano sotto la dominazione coloniale degli Stati europei<sup>4</sup>.

Nell'art. 22 della *Covenant of the League of Nations*<sup>5</sup>, gli Stati parte affermano il dovere di promuovere il benessere e lo sviluppo delle popolazioni indigene presenti nelle colonie e nei territori ancora sotto il proprio controllo.

---

<sup>2</sup>CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del Diritto*, n. 1, 2005, p. 45 ss.

<sup>3</sup> ECOSOC, WGIP, *Standard-Setting Activities: Evolution of Standard Concerning the Rights of Indigenous People*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 giugno 1996, p. 5.

<sup>4</sup>*Ibidem*, p. 6.

<sup>5</sup> *Covenant of the League of Nations*, 10 agosto 1920, Parigi, art. 22, comma 1: “To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and

La *Carta delle Nazioni Unite* del 1945 menziona all'art. 73 "territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government", non più "indigenous populations".

Solo nel 1960 la *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*<sup>6</sup> riprende il vocabolo "peoples", la Daes sottolinea questo cambio ed evidenzia l'importanza della scelta di un approccio sociologico e non geografico<sup>7</sup>.

Secondo la definizione della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) n. 107 del 1957<sup>8</sup>, i popoli "tribali" e "indigeni" sono caratterizzati da profonde differenze sociali, culturali, economiche, legali e istituzionali rispetto al resto della popolazione. La caratteristica di indigenità non deriva solamente dalla storia di un popolo in quanto conquistato, colonizzato o oppresso, ma anche nell'essere attualmente distinto dalla società dominante<sup>9</sup>.

Nell'ordinamento internazionale non vi è una definizione universalmente accettata di "popoli indigeni", ma nel sistema delle Nazioni Unite si ritrovano numerosi contributi nel tentativo di definire questa categoria.

Per comprendere chiaramente le peculiarità della nozione di "popolo indigeno", è utile partire dal confronto con una delle più incisive definizioni di "minoranza", elaborata nel 1977 dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite, Francesco Capotorti, secondo il quale questa si identifica con:

"A group, numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language"<sup>10</sup>;

---

development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant."

<sup>6</sup> *Carta delle Nazioni Unite*, 26 giugno 1945, San Francisco, art. 73, comma 1: "Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories (...)"

<sup>7</sup> ECOSOC, WGIP, *Standard Setting Activities*, op. cit., p. 7.

<sup>8</sup> Adottata il 26 giugno 1957 a Ginevra. Per l'analisi di questo strumento vedere *infra* cap. IV.

<sup>9</sup> ECOSOC, WGIP, *Standard Setting Activities*, op.cit., p. 8.

<sup>10</sup> CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7, del 20 giugno 1977.

Seguita dalla descrizione di Jules Deschênes del 1985:

“A group of citizens of a State, constituting a numerical minority and in a non-dominant position in that State, endowed with ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the majority of the population, having a sense of solidarity with one another, motivated, if only implicitly, by a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and in law”<sup>11</sup>.

Per sottolineare le peculiarità dei “popoli indigeni” rispetto alle “minoranze” in generale, il Relatore Speciale Martínez Cobo formula nel 1986 la seguente definizione, la quale risulta essere attualmente la descrizione più esaustiva dei popoli indigeni nel campo del diritto internazionale:

“Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories or parts of them. They form at present non-dominant sectors of that society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems”<sup>12</sup>.

Oltre agli elementi della “differenza” e del “colonialismo”, Cobo introduce la caratteristica di “settore non dominante” nell’attuale società, la quale implica una situazione di emarginazione e discriminazione dei popoli indigeni, che giustifica l’interesse della comunità internazionale.

---

<sup>11</sup>DESCHÊNES, *Proposal Concerning a Definition of the Term 'Minority'*, E/CN.4/Sub.2/1985/31, del 14 maggio 1985.

<sup>12</sup>MARTÍNEZ COBO, *Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, del 1 marzo 1987, p. 29, parr. 379 ss. Segue: “Their historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present, of one or more of the following factors: Occupation of ancestral lands, or at least parts of them; Common ancestry with original occupants of these lands; Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood and lifestyle); Language (whether used as the daily language, as mother-tongue, as habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); Residence in certain parts of the country, or in certain regions of the world; Other relevant factors”.

La Convenzione OIL n. 169 (che sostituisce la Convenzione OIL n. 107) del 1989<sup>13</sup> descrive le caratteristiche dei popoli ai quali saranno applicabili le norme in essa contenute. In particolare gli elementi distintivi dei beneficiari sono: lo stile di vita tradizionale; la cultura e le condizioni economiche che li differenziano dal resto della comunità nazionale; una struttura sociale basata su leggi e organizzazioni proprie, diverse da quelle applicate sul territorio nazionale<sup>14</sup>.

Secondo il documento della OIL del 1989, i popoli indigeni hanno tutte le caratteristiche dei popoli tribali, a queste si deve aggiungere il concetto di “*continuità storica*”, ossia, la presenza sul territorio prima della conquista o della colonizzazione da parte di esterni che hanno conformato lo Stato attuale in cui i popoli indigeni vivono e l’aver mantenuto nel tempo le proprie istituzioni politiche, giudiziali e amministrative<sup>15</sup>.

La Convenzione OIL n. 169, come si vedrà nei capitoli a seguire, è il primo strumento internazionale che riconosce l’*auto-definizione* come tribale o indigeno, quale criterio fondamentale per l’individuazione di questi gruppi o popoli.

Nel testo si possono quindi identificare un *criterio oggettivo*, per cui un gruppo o popolo tribale o indigeno soddisfa le caratteristiche elencate nell’art. 1.1 e un *criterio soggettivo*, secondo il quale le persone si identificano come appartenenti al gruppo o popolo indigeno o tribale e il gruppo stesso si considera indigeno o tribale<sup>16</sup>. L’art. 1.2 cita:

“Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply”.

Nel testo dell’art. 1 viene poi specificato:

---

<sup>13</sup> Adottata il 16 giugno 1989 a Ginevra. Per l’analisi di questo strumento vedere *infra* cap. IV.

<sup>14</sup> *Ibidem*, art. 1, a) “tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations”.

<sup>15</sup> *Ibidem*, art. 1, b) “peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions”.

<sup>16</sup> OIL, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No.169): A Manual*, Ginevra, 2003, p. 8.

“3. The use of the term peoples in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law”<sup>17</sup>.

La scelta di introdurre questa specificazione è data innanzitutto dal fatto che, secondo mandato, non è competenza della OIL interpretare il concetto politico di autodeterminazione, ma anche dalla necessità di non precludere la ratifica della Convenzione OIL n. 169 da parte di certi Stati, i quali avrebbero potuto negarsi vedendo lo strumento come una minaccia per la propria integrità territoriale, compromettendo così la tutela di tutti i diritti garantiti nel testo. In ogni caso la Convenzione OIL n. 169 non pone nessuna limitazione al diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni, rendendosi così compatibile con qualsiasi strumento internazionale che dovesse in futuro stabilire tale diritto<sup>18</sup>.

La *World Bank* (WB), nel documento *Indigenous Peoples Policy (Operational Directive 4.20)*, individua come funzionale nell’approccio alle differenti definizioni dei beneficiari, il criterio della “*vulnerabilità*”:

“The terms ‘indigenous peoples’, ‘indigenous ethnic minorities’, ‘tribal groups’, and ‘scheduled tribes’ describe social groups with a social and cultural identity distinct from the dominant society that makes them vulnerable to being disadvantaged in the development process. For the purposes of this directive, “indigenous peoples” is the term that will be used to refer to these groups”<sup>19</sup>.

Nella *Operational Policy and Bank Procedure on Indigenous Peoples (OP/BP 4.10)* del 10 maggio 2005 che sostituisce la precedente, non vi è una nuova definizione, si richiamano i concetti di *vulnerabilità* ed *emarginazione* di questi gruppi rispetto al resto della società. Si riconferma la non esistenza di una definizione comune e universale e l’applicabilità della *Policy* viene riferita a gruppi sociali, culturali, distinti e vulnerabili, in possesso di alcune caratteristiche: l’auto-identificazione dei membri quale gruppo indigeno rispetto al resto

---

<sup>17</sup> Convenzione OIL, n. 169 del 1989, art. 1, per un’analisi dettagliata dell’intera convenzione vedere *infra* cap. IV.

<sup>18</sup> OIL, *ILO Convention*, op. cit., p. 9.

<sup>19</sup> WORLD BANK, *Operational Directive OD 4.20*, settembre 1991, par. 3. Questo documento è stato sostituito dal *Revised Operational Policy and Bank Procedure on Indigenous Peoples (OP/BP 4.10)* del 10 maggio 2005, vedere *infra*. Nel testo del 2005 non compare una nuova definizione di popoli indigeni.



della società; secondo, il legame con le terre ancestrali; in terzo luogo, culture e istituzioni sociali, politiche ed economiche distinte dalla società predominante; infine l'utilizzo di una lingua indigena<sup>20</sup>.

Il recente documento *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*<sup>21</sup> ribadisce che, non esistendo una definizione universalmente accettata di popoli indigeni, si deve far riferimento alla descrizione di Cobo, alla Convenzione OIL n. 169 e, aggiunge, al *Working paper on the concept of "indigenous people"*<sup>22</sup>, che elenca i seguenti fattori di interesse da prendere in considerazione:

- Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory;
- The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, models of production, laws and institutions;
- Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and
- An experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist”<sup>23</sup>.

L'*auto-identificazione* è considerato un criterio fondamentale, a riguardo si menziona anche l'art. 33 della *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, (da ora in avanti UNDRIP)<sup>24</sup>, che garantisce il diritto dei popoli indigeni di decidere la propria identità e le procedure per stabilire l'appartenenza.

Questa impostazione rispecchia l'opinione dei rappresentanti dei popoli indigeni, così come espressa durante la tredicesima sessione del *Working Group on Indigenous*

---

<sup>20</sup> WORLD BANK, *The World Bank Operational Manual-Revised Operational Policy and Bank Procedure on Indigenous Peoples (OP/BP 4.10)* del 10 maggio 2005: “4. For purposes of this policy, the term “Indigenous Peoples” is used in a generic sense to refer to a distinct, vulnerable, social and cultural group6 possessing the following characteristics in varying degrees: (a) self-identification as members of a distinct indigenous cultural group and recognition of this identity by others; (b) collective attachment to geographically distinct habitats or ancestral territories in the project area and to the natural resources in these habitats and territories; (c) customary cultural, economic, social, or political institutions that are separate from those of the dominant society and culture; and (d) an indigenous language, often different from the official language of the country or region.”

<sup>21</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, febbraio 2008.

<sup>22</sup> Cfr. ECOSOC, *Standard-Setting Activities: Evolution of Standard Concerning the Rights of Indigenous People*, cit.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>24</sup> Adottata dall'Assemblea Generale il 13 settembre 2007, A/RES/61/295.

*Populations* (WGIP)<sup>25</sup>, i quali sostennero fortemente l'approccio soggettivo e l'auto-identificazione come la componente essenziale di qualsiasi definizione da elaborarsi a livello internazionale. Gli indigeni sono coloro che si identificano come tali e sono accettati dai membri del gruppo<sup>26</sup>.

Bengoa, membro del WGIP, sostiene che una definizione del concetto di popoli indigeni sarebbe un passo avanti per la tutela dei loro diritti e sarebbe utile per distinguerli dalle minoranze. In questo senso afferma che la procedura di *auto-identificazione* dovrebbe avere alcune caratteristiche: in primo luogo, dovrebbe essere utile ai fini degli obbiettivi internazionali e in particolare facilitare la comprensione di differenti culture; in secondo luogo dovrebbe essere funzionale per la partecipazione dei popoli indigeni; infine dovrebbe essere flessibile, per essere applicata in diverse emergenti situazioni nel processo dinamico di riconoscimento dei popoli indigeni<sup>27</sup>.

Tra le categorie di "minoranze" e "popoli indigeni" è importante sottolineare alcune differenze che generalmente permettono a questi ultimi di essere tutelati dagli strumenti rivolti alle minoranze, ma non il contrario.

Si possono schematicamente elencare le caratteristiche fondamentali dell'una e dell'altra categoria, per evidenziarne le differenze. E' importante sottolineare fin da ora che la popolazione indigena in molti stati non rappresenta un' inferiorità numerica<sup>28</sup>.

Per quanto riguarda le "minoranze":

- "1. group numerically inferior to the rest of the population of a State;
2. non dominant position;
3. ethnic, religious or linguistic characteristics differing from the rest of the populations;
4. sense of solidarity directed to preserve their culture, traditions, religion or language"<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Stabilito, come parte della *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*, dall'ECOSOC Ris. 1982/34, par. 2: "[...]Working Group shall give special attention to the evolution of standards concerning the rights of indigenous populations, taking account of both the similarities and the differences in the situations and aspirations of indigenous populations throughout the world. ". Il WGIP è non è formalmente più in attività ed è stato sostituito dall'*Expert mechanism on the rights of indigenous peoples*, con *Human Rights Council* Ris. 6/36, *infra* cap. V.

<sup>26</sup> WGIP, *Standard Setting Activities*, op. cit., p. 13.

<sup>27</sup> ECOSOC, E/CN.4/Sub. 2/1995/24, par. 45-51.

<sup>28</sup> Per esempio in Guatemala e in Bolivia gli indigeni rappresentano la maggioranza della popolazione, in Ecuador e in Perù raggiungono circa la metà della popolazione.

<sup>29</sup> THORNBERRY, *Indigenous peoples and human rights*, Manchester, 2002, p. 55.

Le caratteristiche dei “popoli indigeni”:

- “1. precedent habitation;
2. historical continuity;
3. attachment to land;
4. the communal sense and the community right (including those societies which do not have a strong conception of individual rights);
5. a cultural gap between the dominant groups in a State and the indigenous, and the colonial context.
6. self – identification as indigenous peoples”<sup>30</sup>.

Come si vede la seconda categoria presenta degli elementi di specificità che non appartengono a tutte le minoranze. In particolare sono due le caratteristiche che non vengono mai associate al concetto di minoranza: l’anteriorità nel tempo e il vincolo con un particolare territorio<sup>31</sup>.

Kingsbury elabora su questi elementi una “teoria costruttiva” e individua per la definizione dei popoli indigeni: i *requisiti essenziali*, vale a dire, l’auto-identificazione come distinto gruppo etnico, la vulnerabilità e la situazione di sfruttamento a livello storico, il vincolo con il territorio, il desiderio di mantenere la propria identità; i *forti indizi*, ossia, lo stato di non dominanza nella società, la continuità storica con i popoli che vivevano originariamente in un determinato territorio; a questi si aggiungono *ulteriori indizi*, quali le differenze socio-culturali ed economiche e l’utilizzo di una lingua distinta<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>31</sup> A riguardo anche il *Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (Rio de Janeiro, 3,4 giugno del 1992), volume I, risoluzione 1, allegato II , par. 26.1 dell’Agenda 21, afferma: "Indigenous people and their communities have a historical relationship with their lands and are generally descendants of the original inhabitants of those lands".

<sup>32</sup> KINGSBURY, "*Indigenous Peoples*" in *International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, in *American Journal of International Law*, N.92, 1998, p. 414, cfr. SANDERS, *Indigenous Peoples: issues of definition*, in *International Journal of Cultural Property*, N.8, 1999, Cambridge, p. 4-13. Affrontando la questione della definizione dei popoli indigeni in relazione alla situazione dell’India e alla difficoltà di comprendere quali popolazioni si fossero stabilite prima (il concetto di priority on time) Kingsbury decide di non attribuire il ruolo di elemento decisivo e risolutivo al principio *anteriorità storica*, suggerisce invece un approccio flessibile, che si basi sulla combinazione di diversi elementi: "Essential requirements: self-identification as a distinct ethnic group historical experience of, or contingent vulnerability to, sever disruption, dislocation or exploitation long connection with the region the wish to retain a distinct identity. Relevant Indicia: 1. Strong Indicia: nondominance in the national (or regional) society (ordinarily required); close cultural affinity with a particular area of land or territories (ordinarily required); historical continuity (especially by descent) with prior occupants of land in the region. 2. Other Relevant Indicia: socioeconomic and sociocultural differences from the ambient population; distinct

## 2. Diritti individuali *versus* diritti collettivi

Per diritti collettivi si intendono quei diritti che possono essere esercitati solo da una collettività e sono distinti da - ed eventualmente contrapposti a - i diritti che spettano agli individui di questa stessa collettività<sup>33</sup>. In realtà gli stessi diritti collettivi si possono distinguere tra diritti che hanno una corrispondente dimensione come diritti individuali (per esempio il diritto collettivo alla proprietà intellettuale) e una seconda fattispecie prettamente collettiva che non ha un corrispettivo a livello individuale (il diritto dei popoli all'autodeterminazione)<sup>34</sup>.

Alcuni autori ritengono che differenziare e attribuire dei diritti riferendosi a una "collettività separata" sia una visione opposta al liberalismo, e che prende in considerazione gli individui solo in funzione del gruppo di appartenenza; altri, all'opposto, evidenziano la non incompatibilità tra il principio di una "cittadinanza differenziata" e i principi di libertà e uguaglianza degli individui<sup>35</sup>.

Il termine "diritti collettivi" è assai ampio e si riferisce a figure molto diverse tra di loro. Un gruppo etnico in realtà può reclamare dei diritti collettivi con due distinte finalità: una è porre delle *restrizioni interne* al gruppo stesso, coinvolgendo relazioni tra i membri stessi della comunità; l'altra è porre delle *protezioni esterne*, in relazione al rapporto tra il gruppo e la società globale in cui è inserito. Nella prima situazione le conseguenze possono essere casi di violazione dei diritti e delle libertà individuali a favore di culture oppressive, nella seconda problemi di ingiustizia e discriminazione tra gruppi<sup>36</sup>.

Seguendo l'analisi generale di Oliva Martinez<sup>37</sup>, le principali critiche formulate in opposizione al riconoscimento dei diritti collettivi dei popoli indigeni si basano sulle seguenti argomentazioni: i popoli indigeni non sono entità con capacità di acquisire diritti; i popoli indigeni sono un soggetto di diritto informale, poco definito, con confini socioculturali non delimitati; riconoscere diritti ai popoli indigeni può significare una restrizione dei diritti individuali dei loro membri; il riconoscimento dei diritti dei popoli

---

objective characteristics such as language, race, and material or spiritual culture; regarded as indigenous by the ambient population or treated as such in legal and administrative arrangements".

<sup>33</sup> KYMLICKA, *Ciudadania Multicultural*, Barcellona, 1996, p. 71.

<sup>34</sup> FODELLA, *International law and the diversity of indigenous people*, op. cit., p. 576.

<sup>35</sup> KYMLICKA, *Ciudadania*, op.cit, p. 57.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>37</sup> OLIVA MARTINEZ, *Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional*, in APARICIO WILHEMI, *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, 2005, p. 47 ss.

indigeni può implicare una ridefinizione dello Stato-nazione, della democrazia rappresentativa e delle strutture di partecipazione nella comunità internazionale; il riconoscimento dei diritti collettivi dei popoli indigeni dovrebbe prevedere una serie di organi e procedimenti speciali per garantirne la tutela; l'integrità culturale dei popoli indigeni non è importante di per sé, non ha una rilevanza morale, non arricchisce l'umanità.

In risposta a queste osservazioni lo stesso autore riporta una serie di "constatazioni empiriche" derivate da distinte discipline, al fine di evidenziare che: l'essere umano è un animale culturale e si può sviluppare solo in una comunità, in società, in contatto con altri esseri umani; la diversità culturale si deve intendere come patrimonio comune e caratteristica generale dell'umanità; non esistono culture superiori o inferiori, avanzate o arretrate, ognuna è espressione unica della creatività umana in relazione al contesto in cui si sviluppa; le culture indigene sono portatrici di conoscenze di importanza fondamentale per la sostenibilità ambientale e lo sviluppo sostenibile<sup>38</sup>.

Sulla base di queste constatazioni, i diritti collettivi dei popoli indigeni possono essere contemplati prendendo in considerazione tre condizioni indispensabili: la partecipazione volontaria dei membri di una determinata cultura indigena; che i diritti collettivi non siano contrari all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali; che i processi di partecipazione all'interno delle comunità indigene siano realmente democratici.

Kymlicka sostiene che la concessione a una minoranza di diritti speciali di rappresentazione, rivendicazione territoriale e linguistici, porta i vari gruppi su uno stesso livello di uguaglianza, riducendo la possibilità che un gruppo più piccolo sia più vulnerabile rispetto a quelli più grandi. In questo senso afferma che per promuovere l'equità tra più gruppi si possono stabilire dei diritti che svolgano la funzione di *protezioni esterne* per le minoranze, ma si devono rifiutare le *restrizioni interne* che limiterebbero i diritti individuali dei membri di suddetti gruppi. Tra i diritti collettivi qualificabili come *protezioni esterne*, necessarie per la sopravvivenza stessa di un gruppo, Kymlicka

---

<sup>38</sup> Tra alcune delle posizioni a favore della formulazione dei diritti collettivi cfr. ALEXY, *Individual Rights and Collective Goods*, in NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991, pp.163-181; ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2004; GARET, *Communality and Existence: The Rights of Groups*, in *South California Law Review*, n. 56, 1993, pp.1000-1050; DOUGHERTY, *Group Rights to Cultural Survival: Intellectual Property Rights in Native American Cultural Symbols*, in *Human Rights Law Review*, n. 29, 1998, pp. 355-377; JOHNSTON, *Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* n.1, vol.1, 1989, pp. 19-32.

individua: i *diritti speciali di rappresentazione* di un gruppo all'interno delle istituzioni politiche della società (i quali rendono meno probabile che l'opinione di un gruppo o una minoranza nazionale sia ignorata nelle decisioni che riguardano l'intero paese); i *diritti di autogoverno* (i quali attribuiscono poteri a unità politiche ridotte, di modo che una minoranza non possa essere sottostimata nelle decisioni che riguardano la propria cultura, come l'istruzione, l'immigrazione, le risorse, etc.); i *diritti "polietnici"* (i quali proteggono e favoriscono la continuità delle pratiche religiose e culturali)<sup>39</sup>.

Parte della dottrina contesta il concetto di "diritto collettivo", intravedendo in questo strumento semplicemente un mezzo per costruire una società "parcellizzata", più che una comunità interculturale. I diritti collettivi rappresenterebbero dei diritti "a parte", un'aggiunta al diritto ordinario individuale. Il concetto di *multi* o *pluriculturalità* nasce dal diritto alla differenza e si sviluppa attraverso il riconoscimento e l'inclusione di diverse culture all'interno di un sistema stabilito; l'*interculturalità*, affermata dai popoli indigeni, si basa invece sul principio dello scambio culturale reciproco. I popoli indigeni, a causa della propria condizione storica, hanno sviluppato la capacità di "muoversi" tra logiche differenti, arricchendosi di conoscenze che permettono loro di articolare due o più modi di vita differenti. Tale approccio implica assumere che il sapere non è uno e universale, di conseguenza tanto meno può essere unico il sistema giuridico, politico e amministrativo in cui i differenti popoli si organizzano<sup>40</sup>.

Una delle difficoltà più importanti da affrontare a livello applicativo dei diritti collettivi dei popoli indigeni è sicuramente il tema della definizione delle riparazioni in caso di violazione di questi diritti una volta stabiliti. Per garantire l'adeguatezza e l'efficacia delle misure di riparazione, sarebbe opportuno prendere in considerazione il punto di vista dei popoli indigeni titolari di suddetti diritti e dare la priorità alla percezione che essi stessi hanno di "adeguato" ed "efficace". Questo processo potrebbe essere realizzato solo analizzando caso per caso, consultando ogni volta la comunità in questione e cercando in

---

<sup>39</sup> KYMLICKA, *Ciudadania Multicultural*, op. cit. p. 61.

<sup>40</sup> WALSH, *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*, Quito, 2002, p. 2. Alcuni autori intravedono la tendenza a un "costituzionalismo multiculturale" che non prevede una vero e proprio cambiamento strutturale dal punto di vista giuridico, politico e socio-economico degli Stati, quanto più una sorta di aggiuntiva "cittadinanza etnico-culturale" differenziata, vedere WIESSNER, *Rights and Status of Indigenous Peoples: a Global Comparative and International Legal Analysis*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, pp. 58-128; VAN COTT, DONNA LEE, *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*, Pittsburgh, 2000.

questo modo di ristabilire l'equilibrio "rotto" attraverso sanzioni che sono condivise e accettate dallo insieme di individui che ha subito la violazione<sup>41</sup>.

Su questa linea l'art. 40 della UNDRIP:

"Indigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights".

La storia ha dimostrato che la mancanza di tutela dei diritti collettivi dei popoli indigeni ha portato alla scomparsa delle culture, attraverso l'assimilazione forzata da parte della società dominante. Tra i principi collettivi fondamentali per la sopravvivenza e il benessere dei popoli indigeni, si possono enunciare, tra gli altri: il diritto all'autodeterminazione<sup>42</sup>, il diritto a mantenere la propria cultura<sup>43</sup>, alla terra, territori e alle risorse naturali tradizionalmente occupati<sup>44</sup>, il diritto alle conoscenze tradizionali<sup>45</sup>, etc. Buona parte della

---

<sup>41</sup> LENZERINI, *The Trail of Broken Dreams: The Status of Indigenous Peoples in International Law*, in LENZERINI, a cura di, *Reparations for Indigenous Peoples*, Oxford, 2008, p. 116. Vedere *infra* cap. III l'analisi dei casi di giurisprudenza.

<sup>42</sup> *United Nations Declarations on the Rights of the Indigenous People*, art. 3: "Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."; art. 4: "Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions".

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 15: "1. Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information. 2. States shall take effective measures, in consultation and cooperation with the indigenous peoples concerned, to combat prejudice and eliminate discrimination and to promote tolerance, understanding and good relations among indigenous peoples and all other segments of society".

<sup>44</sup> *Ibidem*, art. 10: "Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return."; art. 26: "1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired. 2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired. 3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned."; vedere anche art. 27 e 28.

<sup>45</sup> *Ibidem*, art 31: "1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual

comunità internazionale ha recentemente affermato che questi diritti non sono in conflitto con i diritti umani esistenti, ma ne sono il complemento, arrivando alla conclusione che la garanzia dei diritti umani collettivi non inficia la tutela dei diritti umani individuali<sup>46</sup>. Questa tendenza viene affermata anche a livello della normativa internazionale, dove si è verificato un progressivo sviluppo dell'elemento collettivo nella protezione dei diritti umani, a partire, per esempio, dalla *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*<sup>47</sup>; o la *African Charter on Human and Peoples*; e le Convenzioni n. 107 e n. 169 della OIL; fino alla formulazione dei diritti umani di terza generazione che sanciscono definitivamente come diritti collettivi il diritto all'ambiente, alla pace, allo sviluppo, tra gli altri.

### **3. Riflessioni sull'importanza del diritto alla terra per la garanzia dei diritti umani dei popoli indigeni**

#### **3.1. Le origini del diritto alla terra dei popoli indigeni**

La presenza di un territorio definito è uno degli elementi principali per il riconoscimento di uno Stato in quanto tale. Nonostante ciò, la nozione di "territorialità" resta incerta e contraddittoria a livello internazionale e le sue implicazioni, in relazione alla garanzia dei diritti umani, risultano particolarmente evidenti nelle questioni legate ai popoli indigeni, legandosi sovente al diritto di autodeterminazione di questi popoli. Si deve evidenziare che la determinazione e la delimitazione di uno specifico territorio, e il conseguenziale vincolo tra questo territorio e l'individuo e i gruppi che vivono nello stesso, sono i primi fattori che creano uno "spazio" per questi individui e gruppi nell'ambito del diritto internazionale

---

and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions. 2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.

<sup>46</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP, *Guidelines on Indigenous*, op.cit., p. 14.

<sup>47</sup> Cfr. art.1.4: "Le speciali misure adottate al solo scopo di assicurare convenientemente il progresso di alcuni gruppi razziali od etnici o di individui cui occorra la protezione necessaria per permettere loro il godimento e l'esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in condizioni di eguaglianza non sono considerate misure di discriminazione razziale, a condizione tuttavia che tali misure non abbiano come risultato la conservazione di diritti distinti per speciali gruppi razziali e che non vengano tenute in vigore una volta che siano raggiunti gli obiettivi che si erano prefisse".



e dei diritti umani<sup>48</sup>. In questo paragrafo si tenterà di esaminare la relazione tra il *diritto alla terra*, il *principio di autodeterminazione* e la *garanzia dei diritti umani* dei popoli indigeni.

La sovranità degli Stati, principale caratteristica dei membri della comunità internazionale<sup>49</sup>, è generata da alcuni elementi fondamentali quali: una popolazione permanente; un territorio definito; un potere di governo esclusivo; la capacità di intrattenere rapporti con altri Stati<sup>50</sup>.

I due principi utilizzati storicamente dal sistema internazionale per la determinazione e la definizione dei territori degli Stati sono quelli del *terra nullius* e dell'*uti possidetis*. La combinazione di queste due dottrine ha creato delle entità geografiche statiche, in un periodo di tempo relativamente breve e, a partire dall'epoca del colonialismo, sono state sostanzialmente imposte una serie di strutture basate sulla concezione eurocentrica della comunità internazionale e del suo ordinamento giuridico<sup>51</sup>. L'espansione degli Stati e l'approdo in territori normalmente abitati da genti con una propria organizzazione politica e sociale, che non rientrava però nei canoni stabiliti a livello europeo - quindi repute "incivili" - ha giustificato l'uso della forza da parte delle potenze europee "civili" e l'affermazione del dominio politico su questi territori, considerati appunto *nullius*.

Nonostante questa innegabile realtà storica, è interessante ricordare in questa sede che in diverse occasioni gli Stati Europei firmarono dei trattati con le popolazioni indigene<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> CASTELLINO, *The "Right" to Land, International Law & Indigenous Peoples*, in *Indigenous Peoples*, op. cit. p. 89.

<sup>49</sup> Senza volere approfondire il tema della sovranità degli stati in questa sede, per alcune riflessioni storiche si rimanda a SCOVAZZI, *Corso di Diritto Internazionale, Parte I, Caratteri Generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 2000, p. 5 ss.

<sup>50</sup> In riferimento all'art.1 della *Convenzione di Montevideo sui Diritti e i Doveri degli Stati*, 26 dicembre del 1933. Di notevole interesse anche le parole pronunciate nel 1851 dal Mancini, tra i precursori del principio di autodeterminazione dei popoli, in critica al colonialismo, riportate in SCOVAZZI, *Corso di Diritto Internazionale*, op. cit: "La nazione è una *società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale [...]* nella genesi dei diritti internazionali, la Nazione e non lo Stato rappresenta l'unità elementare, la monade razionale della scienza. Alla nazione spetta il diritto di diventare uno Stato, dandosi un governo proprio, poichè la conservazione e lo sviluppo della nazionalità costituiscono non solamente un diritto, ma un dovere giuridico degli uomini", p. 39.

<sup>51</sup> SCOVAZZI, *Corso di Diritto Internazionale*, op. cit., p. 29.

<sup>52</sup> Alcuni esempi si possono ritrovare in TAHVANAINEN, *The Treaty-Making Capacity of Indigenous Peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 12, 2005, pp. 397-419. In particolare si menziona il celebre trattato di Waitangi sottoscritto tra la Gran Bretagna e la Confederazione delle tribù maori unite di Nuova Zelanda (redatto nelle due lingue ufficiali: inglese e maori), il 6 febbraio 1840, con il quale la Gran Bretagna otteneva l'autorizzazione alla colonizzazione della Nuova Zelanda, con l'impegno di mantenere le tradizionali strutture sociali e i sistemi di utilizzazione delle risorse naturali delle popolazioni maori. Si ricorda anche il caso del Canada che, tra il 1867 e il 1923, stipulò una serie di trattati con le popolazioni indigene per assicurarsi la cessione delle terre da queste occupate nell'area centrale e occidentale del paese.

Normalmente questi accordi venivano conclusi ai fini di poter utilizzare gli stessi popoli indigeni come alleati nelle battaglie per le terre tra gli Stati stessi: il fatto che esistessero dei trattati ufficiali adempiva ai criteri formali imposti dal diritto internazionale e al tempo stesso rappresentava il tentativo di legittimare l'acquisizione delle terre dei popoli indigeni coinvolti<sup>53</sup>. La concezione positivista che ha prevalso nel diritto internazionale ha escluso in seguito i popoli indigeni non-Europei dalla possibilità di affermare il proprio *status* indipendente, come invece si sarebbe potuto affermare alla luce del diritto naturale<sup>54</sup>. In particolare usando le parole di Anaya:

“Indigenous people not qualifying as states, could not participate in the shaping of international law, nor could they look to it to affirm the rights that had once been deemed to inhere in them by natural or divine law. States, on the other hand, both shaped the rules of international law considerations. It followed that states could create doctrine to affirm their claims over indigenous territories as a matter of international law and treat the indigenous inhabitants according to domestic policies, shielded from uninvited outside scrutiny by international law itself.”<sup>55</sup>

La dottrina della *terra nullius*, che si rivelò così efficace nel periodo coloniale, viene completamente rivista nel corso dei decenni, in particolare con la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 16 ottobre del 1975 relativa al caso *Western Sahara*, nella quale la Corte dichiara che non si possono considerare *terrae nullius* i territori nei quali esistevano un'organizzazione politica e sociale, e che erano stati acquisiti dalle potenze europee attraverso accordi con i capi locali<sup>56</sup>. Nella stessa sentenza viene sottolineata

---

Infine il caso degli Stati Uniti che, tra il 1778 e il 1871, conclusero più di 800 trattati con i popoli indigeni, incorrendo nella curiosa contraddizione per cui da un lato i popoli indigeni venivano riconosciuti come “nazioni”, così veniva riconosciuta anche la loro titolarità sulle terre che occupavano, conferendo loro una vera e propria capacità di sottoscrivere trattati con valore a livello di diritto internazionale, dall'altro lato però si affermava la unica ed esclusiva sovranità degli Stati Uniti.

<sup>53</sup> ALFONSO MARTÍNEZ, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/1999/20, del 22 giugno 1999, par. 187.

<sup>54</sup> TAHVANAINEN, *The Treaty-Making Capacity of Indigenous Peoples*, op.cit., p. 400.

<sup>55</sup> ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 2004, p. 22.

<sup>56</sup> I.C.J., *Reports*, 1975, par. 80: “Whatever differences of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*. It shows that in the case of such territories the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through “occupation” of *terra nullius* by original title but through agreements concluded with local rulers. On occasion, it is true, the word “occupation” was used in a non-technical sense denoting simply acquisition of sovereignty; but that did not signify that the acquisition of sovereignty through such agreements with authorities of the country was

l'avidità con cui erano stati stipulati accordi relativi ai territori indigeni e il giudice Ammoun nella sua opinione separata, critica la nozione di *terra nullius*, in maniera radicale, contrapponendo il legame spirituale che lega gli individui alla terra dove sono nati<sup>57</sup>. Anche nella più recente giurisprudenza nazionale, nel caso *Mabo v. Queensland (2)*<sup>58</sup>, è stata totalmente rifiutata la dottrina della *terra nullius*.

Il principio dell'*uti possidetis* ha a sua volta contribuito a cristallizzare un "ordine", garantendo i diritti sui territori degli Stati interessati che, anche dopo il raggiungimento dell'indipendenza dai regimi coloniali, hanno mantenuto gli stessi confini stabiliti e le stesse unità amministrative<sup>59</sup>. Il principio è stato ereditato dal diritto romano, nel quale aveva lo scopo sostanziale di mantenere l'ordine e riconoscere lo *status quo* per quanto riguardava il possesso di beni immobili, di modo che il possessore *de facto* potesse reclamare il diritto di proprietà. A livello internazionale il principio è stato applicato considerando come possesso *de facto* delle terre, quello raggiunto dagli Stati sovrani durante la conquista, e stabilito questo punto di partenza come lo *status quo* da mantenere,

---

regarded as an "occupation" of a "terra nullius" in the proper sense of these terms. On the contrary, such agreements with local rulers, whether or not considered as an actual "cession" of the territory, were regarded as derivative roots of title, and not original titles obtained by occupation of *terrae nullius*."

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>58</sup> *Mabo v. Queensland (n. 2) ("Mabo case")* [1992] HCA 23, 175 CLR 1, del 3 giugno 1992. Il caso è stato discusso di fronte *High Court of Australia* e rappresenta la decisione che riconosce il *native title* in Australia per la prima volta. La Corte ha respinto la dottrina della *terra nullius*, a favore della dottrina del *common law* relativa al *native title*. Eddie Mabo, David Passi e James Rice, appartenenti al popolo Meriam (delle isole Murray, nello stretto di Torres) avviarono un procedimento presso la *High Court* nel 1982, in risposta alla modifica del *Queensland Act* del 1982, che istituiva un sistema di concessioni territoriali per gli aborigeni e isolani dello Stretto di Torres, che gli abitanti delle isole Murray avevano rifiutato di accettare. Il ricorso è stato proposto per determinare i diritti legali del popolo Meriam alle terre delle isole di Mer (*Murray Island*), che furono annesse allo Stato del Queensland nel 1879. Prima del contatto con gli inglesi, il popolo Meriam aveva vissuto sulle isole con un'economia basata sulla coltivazione e la pesca. Le terre delle isole non erano di proprietà della comunità, ma appartenevano a singoli o a gruppi. Nel 1985 il Governo del Queensland adottò il *Queensland Coast Islands Declaratory Act*, per dichiarare l'annessione delle isole dal 1879, sulla base del fatto che non esistevano altri diritti su quelle terre. Già nella sentenza *Mabo v. Queensland (n. 1)* del 1988, la *High Court* aveva ritenuto che tale normativa fosse in contrasto con il *Racial Discrimination Act* del 1975. In *Mabo v. Queensland (n. 2)* la *High Court* ha rigettato la dottrina della *terra nullius*: ha riconosciuto che la popolazione indigena aveva sistema pre-esistente di diritto, che sarebbe rimasto in vigore anche all'interno de nuovo Stato, insieme al sistema di diritto di ques'ultimo, salvo casi specifici. Inoltre la Corte ha respinto la tesi del *absolute beneficial title of all lands* (specificato nel *Land Act* del 1962), la tesi secondo cui subito dopo l'acquisizione di sovranità, la proprietà effettiva di tutte le terre della Colonia dovevano essere attribuite al Corona. La Corte ha così modificato la dottrina del possesso delle terre in Australia, affermando il valore del *native title*, come prodotto delle leggi consuetudinarie dei popoli indigeni. Nel 1993 in Australia viene regolato il principio del *native title* attraverso il *Native Title Act*. Sul caso *Mabo v. Queensland* vedere LEGG, *Indigenous Australians & International Law: Racial Discrimination, Genocide and Reparations*, in *Berkeley Journal of International Law*, n. 20, 2002, p. 387; HOCKING & STEPHENSON, *Why the Persistent Absence of a Foundational Principle? Indigenous Australians, Proprietary and Family Reparations*, in LENZERINI, *Reparations for Indigenous Peoples*, cit. pp. 477-521.

<sup>59</sup> SHAW, *The Heritage of the States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today*, in *British Yearbook of International Law*, n. 67, 1996, pp. 75-154.

senza considerare che se il principio fosse stato interpretato correttamente, avrebbe attribuito il diritto di proprietà delle terre a coloro che le abitavano da secoli<sup>60</sup>.

### 3.2. *Segue: Il problema dell'autodeterminazione*

Sulla base delle premesse *supra* enunciate, parte della dottrina ha inevitabilmente legato il *diritto alla terra* dei popoli indigeni al *principio di autodeterminazione*, intravedendo in quest'ultimo l'unico reale presupposto per la garanzia del primo. In questo senso, Castellino afferma che il principio di autodeterminazione si configura come un *diritto umano*, oltre che come principio del diritto internazionale pubblico, e ne delinea alcuni elementi chiave:

“1. The right, initially expressed in the American and French revolutions at the end of the eighteenth century, was considered as one of guaranteeing democratic consent within an entity. Wilsonian interpretation applied it to minorities, with a view to giving them a choice of political lineage, determined through plebiscites.

2. Self-determination reappeared in the UN era as it became the vehicle of choice for decolonisation. Three options were identified in clarification of its parameters in decolonisation namely: a) secession to form a new state; b) association with an existing state; c) integration into an existing state.

3. The transformation from political tenet to legal norm was arguably completed with its expression as the first human right in the Covenants of Human Rights in 1966 though the land rights element of the right was not made explicit.

4. The 1970 General Assembly Declaration (GAOR 2625) sought to enshrine this legal norm into a guiding principle of the United Nations, though it is clear that the context for that document remained traditional colonisation.

5. Vital questions remain as to: i) whether it has validity in a post- decolonisation phase; ii) who is entitled to self-determination as currently expressed; and iii) the extent to which the availability of appropriate solutions temper the appropriateness of the legal norm.”<sup>61</sup>

L'autore nel seguito della sua analisi riconosce che i popoli indigeni sarebbero titolari del diritto di autodeterminazione, così come previsto dall'art. 1(1) comune ai Patti

---

<sup>60</sup> CASTELLINO, *The Right to Land*, op. cit. p. 102.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.107.

internazionali sui diritti dell'uomo (da ora Patti)<sup>62</sup>, proprio in relazione al vincolo ancestrale con i territori sui quali vivono e di cui sono stati privati illegittimamente (a differenza della situazione della categoria di minoranze che non necessariamente presenta questa caratteristica del legame con il territorio e che solo può essere tutelata dall'art. 27 dei Patti). Queste condizioni, secondo Castellino, legittimerebbero dal punto di vista normativo le rivendicazioni dei popoli indigeni e dovrebbero essere sufficienti per attivare una ristrutturazione dell'assetto internazionale, basato sui confini arbitrari stabiliti durante il periodo coloniale e conservati attraverso il principio dell'*uti possidetis*, ma non rappresentanti i reali interessi delle popolazioni coinvolte<sup>63</sup>.

A questo punto si rende necessaria una breve analisi sulle diverse posizioni dottrinali in relazione al *principio di autodeterminazione*, mentre nei capitoli successivi si svolgerà un'analisi più dettagliata delle pronunce degli organismi a tutela dei diritti umani e della giurisprudenza delle internazionali dei diritti umani - al fine di considerare le diverse interpretazioni possibili per la garanzia del *diritto alla terra* dei popoli indigeni e la conseguente tutela dei *diritti umani* a esso collegati.

Il dibattito sul concetto di "autodeterminazione", a livello internazionale, è molto complesso e si è evoluto nella storia a partire dal periodo della decolonizzazione.

Per riassumere le varie posizioni della dottrina e della comunità internazionale si può fare riferimento a una divisione generale: una visione "minimalista" del concetto di autodeterminazione, che limita lo scopo di questo diritto alla secessione e alla creazione di un nuovo Stato, e tenta di individuare dei criteri certi per stabilirne i beneficiari; e una visione "massimalista", che amplia il principio di autodeterminazione, fino a considerarlo un grande "contenitore" nel quale rientrano e dal quale dipendono gli altri diritti umani<sup>64</sup>. Entrambe queste posizioni possono avere risvolti positivi e negativi, in particolare è necessario sottolineare fin da ora come sarà invece necessario sviluppare una visione intermedia e flessibile per considerare il *principio di autodeterminazione* relativamente alla questione indigena.

---

<sup>62</sup> Il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (ICCPR) e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (ICESCR), adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 (insieme al *Protocollo facoltativo* relativo al ICCPR) ed entrati in vigore rispettivamente il 23 marzo 1976 e il 3 gennaio 1976.

<sup>63</sup> CASTELLINO, *The right to land*, op. cit., p.109 ss. L'interpretazione del CCPR in relazione alla questione dell'autodeterminazione dei popoli indigeni si è rivelata al contrario molto restrittiva, vedere in dettaglio cap. II.

<sup>64</sup> XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge, 2007, p. 154.

Secondo l'approccio "minimalista", l'autodeterminazione è sinonimo di "indipendenza", tale interpretazione deriva dal contesto della colonizzazione e dal successivo periodo di affermazione dell'indipendenza raggiunto dai paesi colonizzati. Se il principio di autodeterminazione viene concepito in questi termini, è necessario affrontare due questioni fondamentali: chi sono i soggetti titolari di questo diritto e il problema dell'integrità territoriale.

Il riconoscimento degli indigeni come "popoli", a livello di normativa internazionale, è un tema controverso<sup>65</sup> e la stessa definizione di "popoli" non viene esplicitata in nessuno strumento internazionale. La Carta delle Nazioni Unite del 1945 fa solo riferimento ai territori non autonomi<sup>66</sup>, ma non vi è specificazione alcuna del concetto di popoli. Un primo tentativo di affrontare la tematica si riscontra nella *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*<sup>67</sup> e nella Risoluzione 1541 (XV) entrambe del 1960.

Nella *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* l'Assemblea Generale riconosce l'autodeterminazione come condizione necessaria per il benessere dei popoli e per la garanzia dei diritti umani<sup>68</sup>, di conseguenza afferma: "All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development"<sup>69</sup>. I beneficiari vengono identificati in quei popoli soggetti a una dominazione e sfruttamento esterno, ai quali dovrebbero essere trasferiti tutti poteri sui territori in cui vivono, senza condizioni o riserve, in linea con i loro interessi e senza distinzioni di razza, credo o colore, per permettere loro il raggiungimento di una completa indipendenza<sup>70</sup>. Un limite che si può riscontrare in questo documento è che, facendo riferimento al principio di integrità territoriale negli artt. 6 e 7, esclude la possibilità ai gruppi indigeni, che raramente rappresentano l'intera popolazione del territorio in cui abitano, di poter far valere il proprio *status*.

---

<sup>65</sup> Vedere cap. I.

<sup>66</sup> Carta delle Nazioni Unite, art. 73.

<sup>67</sup> Ris. 1514 (XV), del 14 dicembre 1960.

<sup>68</sup> *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, Preambolo, par. 2.

<sup>69</sup> *Ibidem*, art. 2.

<sup>70</sup> *Ibidem*, art. 5. In questo punto viene fatto riferimento a quelli che sono considerati i "Trust and Non-Self-Governing Territories" senza escludere però "all other territories which have not attained independence", il che, secondo la dottrina (XANTHAKI, *Indigenous*, op. cit.), potrebbe far rientrare come beneficiari anche i popoli indigeni presenti su territori non esplicitamente menzionati, in base alle caratteristiche identificate nella Dichiarazione.

La Ris. 1541(XV) specifica ulteriormente alcune caratteristiche dei titolari del diritto di autodeterminazione, che si identificano in coloro che vivono in un territorio che è geograficamente separato ed etnicamente e culturalmente distinto dal paese che lo amministra, nonché arbitrariamente posto da quest'ultimo in una posizione di subordinazione<sup>71</sup>.

Analizzando altri strumenti internazionali in relazione all'identificazione dei titolari del diritto di autodeterminazione si nota una tendenza a non limitare più questo diritto al contesto della colonizzazione, ma ad ampliarlo: nella *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations*, che estende questo diritto ai popoli che sono sottoposti a regimi razzisti o ad altre forme di dominazione esterna<sup>72</sup>; nel *Final Act of The Conference on Security Cooperation* del 1975, che riconosce il diritto di autodeterminazione anche ai popoli che vivono in Stati indipendenti, in particolare al Principio VIII, "*Equal rights and self-determination of peoples*":

"The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.

The participating States reaffirm the universal significance of respect for and effective exercise of equal rights and self-determination of peoples for the development of friendly relations among themselves as among all States; they also recall the importance of the elimination of any form of violation of this principle."<sup>73</sup>

Infine la *Vienna Declaration and Programme of Action* del 1993 si riferiscono al diritto di autodeterminazione, ma senza aggiungere dettagli rilevanti rispetto alla definizione dei

---

<sup>71</sup> Ris. 1541 (XV), Principio IV e V.

<sup>72</sup> *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations*, adottata dalla Assemblea Generale il 24 ottobre 1970.

<sup>73</sup> *Final Act of The Conference on Security Cooperation*, Helsinki, 1 agosto del 1975.

beneficiari rispetto alla Dichiarazione del 1970<sup>74</sup>.

In tutti questi strumenti viene fatto salvo il principio di integrità territoriale, che è il punto di incompatibilità tra popoli indigeni e autodeterminazione su cui molti Stati hanno fatto leva durante i lavori di preparazione alla UNDRIP.

Anche la dottrina ha per lo più sostenuto la tesi secondo cui solo i popoli sottoposti a regime coloniale o quelli sottoposti a occupazione straniera siano titolari del diritto di autodeterminazione e dalla conseguente secessione. Una parte degli accademici sostiene il principio di “*remedial secession*”, sulla base di circostanze precise: “there musty be systematic exploitation of, or discrimination against sizeable, well-defined community or society, compactly inhabiting a region which overwhelmingly supports separatism; secession must present a realistic prospect of conflict resolution and of peace within and between the new and the old state; and the central government must have rejected alla compromise solutions”<sup>75</sup>. Un'altra parte della dottrina ha costruito il concetto di “*carence of souveraineté*”, secondo cui sarebbero beneficiari del diritto di autodeterminazione coloro che vivono in territori geograficamente e politicamente distinti, che non sono rappresentati nelle regioni e nei governi degli Stati di appartenenza, situazione che crea un territorio “non auto-governato”<sup>76</sup>. In ogni caso, risulta chiaro che, finchè il principio di autodeterminazione viene necessariamente associato a quello di “secessione”, la sua applicazione rispetto ai popoli indigeni risulta di difficile giustificazione.

L'approccio “massimalista” è quello che identifica l'autodeterminazione con il presupposto fondamentale per la garanzia dei diritti umani e quindi si basa sull'idea che tutti, inclusi i popoli indigeni, sono ugualmente titolari del diritto di decidere il proprio

---

<sup>74</sup> *Vienna Declaration and Programme of Action*, adottata il 12 luglio del 1993, art. 2: “All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status, and freely pursue their economic, social and cultural development. Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, the World Conference on Human Rights recognizes the right of peoples to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realize their inalienable right of self-determination. The World Conference on Human Rights considers the denial of the right of self-determination as a violation of human rights and underlines the importance of the effective realization of this right. In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.”

<sup>75</sup> HERACLIDES, *Secession, Self-Determination and Non-Intervention: In Quest of a Normative Symbiosis*, in *Journal of International Affairs*, n.45 del 1992, rif. XANTHAKI, *Indigenous*, op. cit.

<sup>76</sup> CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 1979.



destino, liberi da discriminazione, repressione politica e culturale. In particolare, secondo Anaya, l'errore che è stato commesso a livello internazionale è stato quello di equiparare il principio di autodeterminazione al processo di decolonizzazione, nell'ambito del quale era stato necessario identificare delle categorie di soggetti e delle procedure specifiche per attribuire tale diritto. Lo stesso autore afferma che questi elementi legati alla decolonizzazione non costituiscono l'"essenza" del principio di autodeterminazione, ma corrispondono solamente alla sua espressione quale "rimedio" alla violazione dello stesso diritto avvenuto durante l'epoca della colonizzazione<sup>77</sup>. Sostanzialmente lo stesso autore delinea in questo modo la relazione tra autodeterminazione e diritti umani:

"Self-determination is not separate from other human rights norms; rather, self-determination is a configurative principle or framework complemented by the more specific human rights norms that in their totality enjoin the governing institutional order [...] this framework concerns both the procedures by which governing institutions develop and the form they take for their ongoing functioning."<sup>78</sup>

Sulla stessa linea Critescu definisce l'autodeterminazione come il naturale "corollario" del principio di libertà individuale<sup>79</sup>:

"The principles of equal rights and self-determination of peoples is part of the group of human rights and fundamental freedoms. Its recognition is the ineluctable logical consequence of the recognition of human rights. They cannot be separated. Without political freedom, civil rights cannot be fully respected, and the equality of all human beings before the law cannot be ensured unless the nations to which those human beings belong are also recognized as equal. Consequently, the right of peoples to self-determination has the same universal validity as other human rights."<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 2004, p. 103.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>79</sup> CRITESCU, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Developments on the Basis of United Nations Instruments*, New York, 1981 (E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1), par. 221: "Recognition of the right of peoples to self-determination as one of the fundamental human rights, is bound up with recognition of the human dignity of peoples, for there is a connexion between the principle of equal rights and self-determination of peoples, on the one hand, and respect for fundamental human rights and justice on the other. The principle of self-determination is the natural corollary of the principle of individual freedom, and the subjection of peoples to alien domination constitutes a denial of fundamental human rights.(...)"

<sup>80</sup> *Ibidem*, par. 220.

Gli stessi rappresentanti dei popoli indigeni hanno sostenuto questa interpretazione durante i lavori preparatori della UNDRIP. Per esempio Ted Moses ha definito l'autodeterminazione “not just a political or an economic right, but rather encompasses all aspects of human development and interaction”<sup>81</sup>.

L'approccio intermedio tra la posizione “minimalista” e quella “massimalista” viene teorizzato da Kingsbury, che individua un “*relational approach*” all'autodeterminazione, la quale si svilupperebbe sulla base di una relazione costruttiva tra Stato e gruppi indigeni<sup>82</sup>. In modo più specifico la Daes definisce l'autodeterminazione per il popoli indigeni come il diritto di negoziare liberamente il proprio *status* politico negli Stati di appartenenza:

“the right of self-determination of indigenous peoples should ordinarily be interpreted as their right to negotiate freely their status and representation in the State in which they live. This might best be described as a kind of “belated State-building”, through which indigenous peoples are able to join with all the other peoples that make up the State on mutually-agreed and just terms, after many years of isolation and exclusion. This does not mean that assimilation of indigenous individuals as citizens like all others, but the recognition and incorporation of distinct peoples in the fabric of the State, on agreed terms. [...] This conclusion is reinforced by the fact that indigenous peoples themselves have overwhelmingly expressed their preference for constitutional reform within existing States as opposed to secession. Most indigenous peoples also acknowledge the benefits of a partnership with existing States, in view of their small size, limited resources and vulnerability. It is not realistic to fear indigenous peoples' exercise of the right to self-determination. It is far more realistic to fear that the denial of indigenous peoples' rights to self-determination will leave the most marginalized and excluded of all the world's peoples without a legal, peaceful weapon to press for genuine democracy in the States in which they live”<sup>83</sup>.

L'autodeterminazione si configura quindi come il diritto collettivo per eccellenza, o meglio il diritto politico di determinate collettività -i popoli- in quanto tali. Per autodeterminazione s'intende quindi “la libertà dei popoli di decidere innanzitutto del proprio *status* politico; ove con questa espressione sembrerebbe aversi riguardo al diritto per ogni popolo di organizzarsi liberamente in forme e modi politico-istituzionali corrispondenti alla propria

---

<sup>81</sup> MOSES, *The Right of Self-Determination and Its Significance to the Survival of Indigenous Peoples*, in AIKIO e SCHEININ, *Operationalizing the Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Abo, 2000, p. 42.

<sup>82</sup> KINGSBURY, *Reconstructing Self-Determination: A relational Approach*, in *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples*, Oxford, 1999, p. 34.

<sup>83</sup> DAES, *Discrimination Against Indigenous Peoples, Explanatory note concerning the draft declaration on the rights of indigenous peoples*, 19 luglio del 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, parr. 26 e 28.

volontà, determinando i centri di potere e le strutture politiche da cui essere governato”<sup>84</sup>. Individuato l’oggetto specifico del principio di autodeterminazione, ovvero l’identità e la libertà politica dei popoli, sono da evidenziare due caratteristiche fondamentali di quest’ultimo, vale a dire l’*universalità* e la *continuità*: *universale*, perché spetta ad ogni popolo (e quindi non solo ai popoli sottoposti a dominio straniero, o colonizzati); *continuo*, perché per la natura intrinseca di libertà, l’autodeterminazione dovrebbe essere appunto “libera di evolversi, e dunque di mutare, nel contenuto assunto: essa sarebbe insomma del tutto suscettibile di concretarsi per un medesimo popolo in aspirazioni di *status* differenti nel tempo”<sup>85</sup>.

L’autodeterminazione non riguarda il solo *status* “internazionale” del popolo, vale a dire la possibilità di costituirsi in entità politica indipendente o di associarsi con un altro Stato, né coincide necessariamente con un diritto alla secessione. Rispettando il principio di autodeterminazione gli Stati “si impegnano a garantire l’eguale libertà di scelta dei popoli, a prescindere dall’esito cui l’attuazione della scelta conduca, e perciò anche quando tale attuazione non comporti effetti visibili sulla configurazione esteriore della società degli Stati, quale essa si presenta in un dato momento”<sup>86</sup>. Questa teorizzazione del principio di autodeterminazione si adatta perfettamente al contesto dei popoli indigeni, delineando quel necessario spazio dalla cui sussistenza un popolo non può prescindere in ragione della propria identità e in vista del proprio sviluppo. Negli Stati plurinazionali l’autodeterminazione avrebbe una rilevanza meramente interna, così i popoli che convivono all’interno di uno stesso Stato, pur accettando di far parte di un’unica struttura organizzativa statale, vogliono mantenere nell’ambito di questa una sorta di *autonomia*, nel senso di decentramento di competenze di governo ad autorità autoctone, creazione di istituzioni politiche in cui ciascuno di essi sia rappresentato in quanto tale alla vita dello Stato, etc. Passando a una dimensione pratica di questa teorizzazione, i modelli statali che più si avvicinano a siffatte caratteristiche si possono individuare nel federalismo, in cui ciascuna delle nazionalità corrisponderebbe a uno Stato membro della federazione o in alcuni regimi di autonomia dove i popoli avrebbero una serie di poteri locali e autonomi appunto rispetto al potere centrale, ma verrebbe loro riconosciuta una forma di

---

<sup>84</sup> PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna, il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell’ONU*, Milano, 1997, p. 391.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 400.

partecipazione e rappresentazione presso gli organi centrali, in particolar modo nei processi di *decision making*<sup>87</sup>.

### **3.3. Segue: Interpretazioni del diritto di proprietà nel sistema dei diritti umani ai fini della tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni**

La proprietà viene dichiarata diritto umano nella *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*: “Ogni individuo ha il diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con altri. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà”<sup>88</sup>; così come nella *Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo*<sup>89</sup>; viene tutelata nella *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*<sup>90</sup>, così come nella *Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo*<sup>91</sup>. Se si interpreta la proprietà come diritto umano e la si collega alle norme di non discriminazione, si devono riconoscere le forme di proprietà che derivano dal possesso tradizionale e consuetudinario delle terre dei popoli indigeni, al lato del classico regime di acquisizione della proprietà creato dalla società dominante. Numerosi studi realizzati sul tema sottolineano come in realtà, nella maggior parte degli Stati in cui risiedono dei gruppi indigeni, persistano delle manifestazioni delle storiche discriminazioni legate al riconoscimento dei diritti territoriali di questi ultimi<sup>92</sup>. In alcuni paesi di *common law* il tentativo di riconoscere il diritto collettivo di proprietà dei popoli indigeni ha dato luogo a una costruzione legale, il “*native title*”, che nascerebbe dall'uso esclusivo e dall'occupazione delle terre in questione da parte di un gruppo, da un periodo di tempo

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>88</sup> *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, 10 dicembre 1948, art. 17.

<sup>89</sup> *Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo*, adottata dalla Organizzazione degli Stati Americani (OAS) a Bogotá, il 30 aprile 1948, art. XXIII.

<sup>90</sup> *Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Parigi, 20 marzo 1952, art. 1: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.”.

<sup>91</sup> *Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo*, San José, 22 novembre 1969, art. 21.

<sup>92</sup> Cfr. COBO, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7, cit.; *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Indigenous Peoples and their Relationship to Land-Final working paper prepared by Special Rapporteur Mrs. Erica Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 giugno 2001; Commissione Interamericana per i Diritti dell'Uomo (CADH), *The Human Rights Situation of Indigenous Peoples in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II.108, del 20 ottobre del 2000.

immemorabile e per differenti finalità. Questa figura giuridica è stata utilizzata con successo in alcuni casi dalla giurisprudenza nazionale<sup>93</sup>, ma ha rivelato una serie di limiti nella sua applicazione, che in pratica ne annullano l'efficacia ai fini della tutela dei territori abitati dai popoli indigeni, nello specifico: il *native title* non può prevalere sui diritti individuali di proprietà, di possesso, né laddove esistano licenze commerciali o diritti per lo sfruttamento delle risorse del sottosuolo; inoltre non può prevalere nei casi in cui i territori coinvolti siano adibiti a luoghi di pubblico accesso, quali parchi, spiagge, riserve o dove esistano strade, ospedali e scuole<sup>94</sup>.

Gli organismi delle Nazioni Unite, così come la giurisprudenza internazionale e nazionale, sono stati molto cauti nell'esprimersi riguardo al diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni. Numerose pronunce però hanno tutelato il diritto alla proprietà della terra di questi gruppi, come presupposto necessario per la garanzia di altri diritti umani.

Come verrà analizzato nel seguito dell'elaborato, lo strumento internazionale più completo riguardo la tutela dei diritti territoriali collettivi dei popoli indigeni è la Convenzione OIL n. 169<sup>95</sup>.

Nel campo dei diritti umani, data l'assenza di un diritto umano collettivo dei popoli indigeni alla terra, vari organismi si sono espressi in relazione al tema, facendo riferimento ad articoli correlati, contenuti nei testi dei trattati, e hanno vincolato l'idea di "proprietà della terra" al diritto degli esseri umani alle condizioni necessarie per la loro sussistenza, sopravvivenza e sviluppo.

Per esempio il Comitato per i diritti civili e politici (CCPR)<sup>96</sup>, per rispondere alla violazione del diritto alla terra dei popoli indigeni ha ripetutamente fatto riferimento all'art. 27 del ICCPR, affermando l'importanza della connessione tra i tradizionali stili di vita dei popoli indigeni, basati sull'utilizzo del territorio, e la salvaguardia dell'integrità culturale oltre che del diritto di sopravvivenza di questi gruppi. Il CCPR ha ritenuto che le attività tradizionali di pesca o di caccia rientrassero nel concetto di "cultura" tutelato dall'art. 27<sup>97</sup>. Sulla stessa linea si è espresso anche il Comitato per i diritti economici sociali e culturali (CESCR)<sup>98</sup> nel *General Comment* n.14:

---

<sup>93</sup> Cfr. *Mabo v. Queensland* (n.2), cit.; Corte Suprema del Canada, *Delgamuukw v. The Queen* (1997).

<sup>94</sup> XANTHAKI, *Indigenous Rights*, op. cit., p. 247.

<sup>95</sup> Cfr. Artt. 13-16..

<sup>96</sup> Vedere *infra* cap. II.

<sup>97</sup> Cfr. Cap. II, per esempio nel caso *Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, par. 32.

<sup>98</sup> Vedere *infra* cap. III.

“The Committee notes that, in indigenous communities, the health of the individual is often linked to the health of the society as a whole and has a collective dimension. In this respect, the Committee considers that development-related activities that lead to the displacement of indigenous peoples against their traditional territories and environment, denying them their sources of nutrition and breaking their symbolic relationship with their lands, has deleterious effect on their health.”<sup>99</sup>.

La *Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo* (Corte IDH) ha sviluppato la più interessante giurisprudenza in tema di diritti territoriali dei popoli indigeni ed è riuscita a tutelare la proprietà collettiva di questi gruppi attraverso un’interpretazione “evolutiva” del diritto individuale di proprietà e il diritto alla vita, sottolineando appunto il vincolo tra terra e sopravvivenza degli individui indigeni che la abitano<sup>100</sup>. La Corte IDH a partire dalla sentenza *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*<sup>101</sup> ha adottato la visione proposta dalla *Commissione Interamericana per i Diritti dell’Uomo* (CIDH), secondo cui il diritto umano alla proprietà include i regimi di proprietà comunitaria dei popoli indigeni, così come stabiliti dalle proprie consuetudini e tradizioni, vale a dire che per le comunità indigene il possesso delle terre in cui vivono è sufficiente per ottenere un riconoscimento ufficiale della proprietà di queste, in mancanza di un titolo reale di proprietà<sup>102</sup>.

Uno dei corollari al diritto alla terra dei popoli indigeni, è il *diritto a partecipare* alle decisioni che riguardano la gestione dei territori in questione, in particolare delle risorse naturali presenti. Il punto è molto controverso perché può contrapporre gli interessi di un singolo gruppo a quelli dell’intera nazione e a quelli economici dei privati.

Il *diritto alla consultazione e partecipazione* non consiste solo nell’informare le comunità indigene in relazione alle misure che le coinvolgeranno direttamente<sup>103</sup>, bensì:

---

<sup>99</sup> CESCR, *General Comment* n. 14, E/C.12/2000/4, par.27.

<sup>100</sup> Vedere *infra* cap. II.

<sup>101</sup> CORTE IDH, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Ser. C n. 79, del 31 agosto 2001.

<sup>102</sup> *Ibidem*, par. 154. In questo senso si è pronunciata la Commissione Interamericana per i diritti dell’Uomo nei casi *Mary and Carrie Dann v. United States*, Report n. 75/02 del 27 dicembre 2002, par. 130; *Maya Indigenous Communities of the Toledo District - Belize*, Report n. 40/04 del 12 ottobre 2004. Cfr. ANAYA, *The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, in *Harvard Human Rights Journal* n.14, 2001, p. 33.

<sup>103</sup> Vedere anche *Report of the International Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, realizzato con decisione ECOSOC, 2004/287 del 22 luglio 2004; *UNDP and Indigenous Peoples: a Policy of Engagement*, 2001, parr. 27–30. Interessante anche la posizione della *World Bank*, in particolare vedere *Operational Policy (OP) 4.10*, 1 luglio 2005, parr. 1-11.

“Consultation process must be crafted to allow indigenous peoples the opportunity to genuinely influence the decision that affect their interests. This requires governments to fully engage indigenous peoples in the discussion about what that outcomes of those decisions should be before they are taken. It also requires procedural safeguards to account for indigenous peoples’ own decision-making mechanism, including relevant customs and organizational structures, and ensuring that indigenous peoples have access to all needed information and relevant expertise.”<sup>104</sup>.

Il CERD ha sottolineato l’importanza di “recognise and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their common lands, territories and resources” e che nessuna decisione relativa ai loro interessi dev’essere presa senza il consenso informato<sup>105</sup>. Come verrà analizzato in dettaglio nei capitoli successivi anche il CCPR sostiene la necessità di adottare misure per garantire l’effettiva partecipazione dei popoli indigeni nelle decisioni che riguardano la propria cultura e i propri legami con la terra e le risorse naturali<sup>106</sup>.

La Convenzione OIL n. 169 tutela il diritto generale di partecipazione e consultazione nell’art. 6 e nell’art. 15 specificatamente in relazione alle decisioni che riguardano i territori e le risorse naturali indigene e sulla base di questi principi si è pronunciata più volte anche la Corte IDH<sup>107</sup>.

In conclusione, per alcuni autori esiste un divario di protezione tra i principi enunciati nelle norme relative ai diritti umani e le problematiche connesse ai popoli indigeni. Di indiscusso interesse è la questione sulla possibilità di creare un’ entità che possa monitorare nell’insieme:

“impacts of development projects on indigenous communities, the implementation of enacted domestic laws to protect indigenous rights, the relation between formal state law and customary indigenous law, indigenous cultural rights, indigenous children,

---

<sup>104</sup> ANAYA, *Indigenous Peoples*, op. cit., p. 154.

<sup>105</sup> CERD, *General Recommendation XXIII, Concerning Indigenous Peoples*, CERD/C/51/Misc.13/Rev.4 del 18 agosto 1997. Vedere anche *Concluding Observations*, Nigeria, CERD/C/NGA/CO/18 del 27 marzo 2007, par. 19; *Concluding Observations*, Botswana, A/57/18, del 1 novembre 2002, parr. 292-314; *Concluding Observations*, Suriname, CERD/C/64/CO/9, del 12 marzo 2004, parr. 13-15.

<sup>106</sup> Cfr. CCPR, *General Comment* n. 23 del 08/04/94 (50ma sessione).

<sup>107</sup> Cfr. cap.III.

indigenous participation in policy- and decision making - process, and various forms of discrimination against indigenous individuals”<sup>108</sup>.

La dottrina ha individuato due sistemi di tutela dei diritti dei popoli indigeni in ambito internazionale: il “*cultural integrity model*” e il “*self-determination model*”; secondo Westra è individuabile un terzo modello basico di tutela, ossia il “*biological/ecological integrity model*”<sup>109</sup>.

Il primo modello si fonda su due principi: da un lato enfatizza il legame tra ambiente e stile di vita dei popoli indigeni, il quale determina la loro denominazione di “popoli”; il secondo aspetto valorizza le conoscenze tradizionali e la diversità culturale come patrimonio dell’umanità.

Il “*self-determination model*” è invece strettamente vincolato al diritto internazionale, andando tuttavia in tal modo a creare alcune problematiche nella definizione del concetto di “popoli” e un’eventuale attribuzione del diritto di secessione.

Il terzo modello proposto nasce dalla seguente osservazione:

“The ‘right to life and to physical security’, is clearly a description of the rights that Henry Shue termed ‘basic’: the right to security and subsistence. These rights precede both conceptually and in time, civil and political rights, and economic, social and cultural rights. The use of normal functions and the capacity for independent agency both depend on developing in environmental circumstances that permit and foster, rather than hinder, a human being’s normal development. The biological integrity of individuals is entirely dependent on the ecological integrity of their surrounding habitat”<sup>110</sup>.

In quest’ottica la tutela dei diritti specifici dei popoli indigeni sarebbe riconducibile al diritto alla vita<sup>111</sup>, che nel caso specifico è direttamente connesso al diritto all’integrità dell’ambiente, in cui e grazie al quale gli individui stessi sviluppano la propria esistenza. Quest’ultima interpretazione si vedrà di seguito essere sviluppata anche dalla Corte IDH e

---

<sup>108</sup> ANAYA, *Indigenous People in International Law*, Oxford, 2004, p. 45, Per un’analisi dei meccanismi di tutela dei diritti dei popoli indigeni vedere *infra* III sezione del progetto di ricerca.

<sup>109</sup> WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples*, Londra, 2007, p. 7.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>111</sup> Questa interessante concezione, ossia la tutela di alcuni diritti dei popoli indigeni -quali per esempio il diritto sui territori ancestrali e sulle risorse naturali- come conseguenza del rispetto del diritto alla vita, è stata espressa anche in alcune sentenze della Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo, vedere *infra*.



si presenta attualmente come la più adatta alla tutela dei diritti di questi popoli, pur partendo dalla tutela di un diritto individuale. La rassegna degli strumenti di diritto internazionale operata nel presente elaborato permetterà di individuare questi tre modelli nelle loro implicazioni e interazioni.

Con queste premesse si possono leggere i capitoli successivi, analizzando se il sistema dei diritti umani e l'operato della OIL sono stati in grado di tutelare i diritti umani dei popoli indigeni, coincidendo nella visione secondo la quale il *diritto alla terra* si posiziona come colonna portante di questi diritti, nel caso di questi gruppi che manifestano con la terra in cui vivono un forte vincolo storico, spirituale e vitale, necessario per la loro sopravvivenza e sviluppo. Si apre un interrogativo sulla questione se l'affermazione di Anaya, secondo cui "certain minimum standards concerning indigenous land rights, rooted in otherwise accepted precepts of property, cultural integrity, non-discrimination, and self-determination, have made their way not just into conventional law but also into general or customary international law"<sup>112</sup>, si possa considerare certa. Si vuole quindi intraprendere il presente lavoro con un quesito: si può affermare l'esistenza di un diritto internazionale consuetudinario a tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni, derivante dalle pronunce dei differenti organismi internazionali, dalla prassi sviluppata dalle organizzazioni delle Nazioni Unite e dalla giurisprudenza internazionale, che vincolerebbe anche gli Stati non parti dei trattati a tutela dei popoli indigeni, a rispettarne il diritto alle loro terre? Al termine dell'elaborato verranno tratte delle conclusioni sul tema.

---

<sup>112</sup> ANAYA, *Indigenous Peoples*, op. cit. p. 148.

## II CAPITOLO

### LA TUTELA DEI POPOLI INDIGENI ATTRAVERSO GLI STRUMENTI UNIVERSALI DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 1. Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la tutela dei popoli indigeni. – 1.1. Il diritto di autodeterminazione e la sua controversa applicazione ai popoli indigeni. – 1.2. La tutela dei popoli indigeni ai sensi dell'art. 27 dell'ICCPR. – 1.3. L'interpretazione del diritto alla famiglia e alla riservatezza nel caso *Hopu and Bessert v. France* per garantire la protezione dei territori indigeni. – 1.4. Altri diritti dell'ICCPR "utili" alla tutela dei popoli indigeni: gli artt. 25 e 26. - 2. Il Patto sui diritti Economici, Sociali e Culturali e l'operato del CESCR in relazione ai popoli indigeni. - 3. Le raccomandazioni e le osservazioni del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale: la garanzia dell'autodeterminazione e del diritto alla terra per la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni.- 4. La Convenzione sui Diritti del Fanciullo e le disposizioni a tutela dei soggetti indigeni nell'interpretazione del Comitato per i diritti del fanciullo.

I soggetti appartenenti ai popoli indigeni, al pari di tutti gli individui, godono innanzitutto dei diritti umani. I primi strumenti internazionali che si possono dunque individuare per tutelare i popoli indigeni, sono proprio quelli che sanciscono i diritti umani. Di particolare rilevanza per i soggetti appartenenti a popolazioni indigene sono i diritti e le libertà di pensiero, di coscienza, di religione; la libertà di espressione e associazione; il diritto alla vita privata; il diritto all'istruzione; il diritto alla partecipazione alla vita pubblica; il diritto di proprietà; i diritti relativi al lavoro<sup>1</sup>. E ancora il diritto di non discriminazione sulla base della razza, religione, lingua o origini etniche.

Verrà analizzata a seguire l'attività degli organismi a tutela de: il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR)<sup>2</sup>, il Patto sui diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR)<sup>3</sup>, la Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di tutte le Forme di Discriminazione Razziale (ICEARD)<sup>4</sup>, la Convenzione sui Diritti del Fanciullo (CRC)<sup>5</sup>, in relazione alle questioni indigene. Un'attenzione particolare verrà rivolta alle pronunce di questi organismi che hanno sottolineato il vincolo tra il diritto alla terra, il diritto di

---

<sup>1</sup> FODELLA, *International law and the diversity of indigenous people*, in *Vermont Law Review* N. 30, 2006, p. 565 ss.

<sup>2</sup> Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, New York, 16 dicembre 1966.

<sup>3</sup> Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, New York, 16 dicembre 1966.

<sup>4</sup> Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di tutte le Forme di Discriminazione Razziale, New York, 21 dicembre 1965.

<sup>5</sup> Convenzione sui Diritti del Fanciullo, New York, 20 novembre 1989.

autodeterminazione e la tutela dei diritti umani degli individui appartenenti ai gruppi indigeni.

## **1. Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la tutela dei popoli indigeni**

L'ICCPR è stato ratificato da 152 Stati, molti dei quali accolgono nel proprio territorio popoli indigeni. Il Patto con il Protocollo Aggiuntivo (ratificato alla data da 104 Stati<sup>6</sup>), prevedono un meccanismo di controllo per la garanzia dei diritti stabiliti. In particolare il Patto istituisce un Comitato per i Diritti dell'Uomo (da ora Comitato o CCPR) composto da 18 membri eletti a titolo individuale dagli Stati parti. Il CCPR ha una serie di funzioni: studiare i rapporti sulle misure adottate dagli Stati al fine di rendere effettivi i diritti riconosciuti nel Patto; esaminare le comunicazioni presentate da uno Stato membro nei confronti di un altro Stato membro che si sostiene abbia violato gli obblighi imposti dal Patto; ricevere ed esaminare le comunicazioni che gli individui, che sostengono di essere vittime di violazioni dei diritti garantiti nell' ICCPR da parte degli Stati membri; sottoporre all'Assemblea Generale dei rapporti annuali sulla propria attività<sup>7</sup>.

Il Comitato non è un organo giudiziario, ma ha la funzione di assistere gli Stati nell'adempimento agli obblighi derivanti dal trattato. Gli Stati parti, infatti, devono presentare un rapporto in relazione alla situazione del paese e dei diritti garantiti nel ICCPR ogni 5 anni di fronte al Comitato, che si riunisce in assemblea pubblica; al termine dell'esame del documento presentato dagli Stati, i membri del Comitato producono delle osservazioni, dal 1992 in forma scritta<sup>8</sup>.

Il Comitato elabora inoltre dei *General Comments*, nei quali vengono ricostruite le posizioni del Comitato stesso in base alle considerazioni espresse in relazione a questioni specifiche esaminate. Molti di questi commenti generali incidono su problematiche legate

---

<sup>6</sup> Dati riscontrabili in UNHCHR, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*, aggiornato al 9 giugno 2004, disponibile nel sito web: <http://www.unhchr.ch>.

<sup>7</sup> I membri del Comitato sono 18, eletti sulla base delle indicazioni contenute negli articoli da 28 a 34 del Trattato. Il Primo Protocollo Aggiuntivo definisce la procedura affinché il Comitato possa ricevere comunicazioni da parte degli individui che sostengono di essere vittime di una violazione di uno dei diritti riconosciuti dal Patto, artt.1 a 5. Le principali condizioni di ricevibilità sono: esaurimento dei rimedi interni; denuncia non anonima; che la denuncia non sia già in esame da parte di un altro organo internazionale. Cfr. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 44 ss.

<sup>8</sup> THORNBERRY, op.cit., p. 119. Vedere anche MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994; BOEREFJIN, *The Reporting Procedure Under the Covenant on Civil and Political Rights: Practice and Procedures of the Human Rights Committee*, Oxford, 1999.

ai diritti dei popoli indigeni, in particolare quelli che si riferiscono a: il diritto all'autodeterminazione<sup>9</sup>; la posizione degli stranieri in relazione al trattato<sup>10</sup>; il diritto alla vita<sup>11</sup>; il divieto di tortura<sup>12</sup>; il diritto al rispetto della riservatezza e della famiglia<sup>13</sup>; il diritto alla libertà di pensiero e religione<sup>14</sup>; la libertà di espressione<sup>15</sup>; il divieto di propaganda alla guerra e di incitamento agli odi razziali e religiosi<sup>16</sup>; il diritto alla partecipazione ai pubblici affari e l'uguaglianza nell'accesso ai servizi pubblici<sup>17</sup>; il divieto di discriminazione<sup>18</sup>; i diritti delle minoranze<sup>19</sup>.

Secondo l'art. 2 del Patto<sup>20</sup> gli Stati devono rispettare e assicurare i diritti garantiti nel trattato, assumendo un ruolo attivo e promuovendo attività specifiche per far sì che ogni individuo presente sul proprio territorio possa godere dei diritti e delle libertà stabilite.

### **1.1. Il diritto di autodeterminazione e la sua controversa applicazione ai popoli indigeni**

L'art. 1 del ICCPR sancisce il *diritto di autodeterminazione* dei popoli, nel suo significato più ampio: un diritto universale, non temporaneo e applicabile al di fuori del contesto di decolonizzazione<sup>21</sup>. Il diritto di autodeterminazione è di particolare importanza perché è la condizione essenziale per l'effettiva garanzia dei diritti umani individuali<sup>22</sup>.

Secondo il CCPR:

---

<sup>9</sup> Cfr. THORNBERRY op.cit, CCPR, *General Comment* N. 12 del 13/03/84 (21ma sessione).

<sup>10</sup> CCPR, *General Comment* N. 15 del 11/04/86 (27ma sessione).

<sup>11</sup> CCPR, *General Comment* N. 6 del 30/04/82 (16ma sessione).

<sup>12</sup> CCPR, *General Comment* N. 20 del 10/03/92 (44ma sessione).

<sup>13</sup> CCPR, *General Comment* N. 16 del 08/04/88 (32ma sessione).

<sup>14</sup> CCPR, *General Comment* N. 22 del 30/07/93 (48ma sessione).

<sup>15</sup> CCPR, *General Comment* N. 10 del 29/06/83 (19ma sessione).

<sup>16</sup> CCPR, *General Comment* N. 11 del 29/07/83 (19ma sessione).

<sup>17</sup> CCPR, *General Comment* N. 25 del 12/07/96 (57ma sessione).

<sup>18</sup> CCPR, *General Comment* N. 18 del 10/11/89 (37ma sessione).

<sup>19</sup> CCPR, *General Comment* N. 23 del 08/04/94 (50ma sessione).

<sup>20</sup> ICCPR, art. 2: "1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

<sup>21</sup> Vedere *supra*, Cap. I. Cfr. CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995; vedere anche PENTASSUGLIA, *State sovereignty, minorities and self-determination: a comprehensive legal view*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 9, 2002, p. 303 ss; AIKIO & SCHEININ, a cura di, *Operationalizing the right of indigenous peoples to self-determination*, Åbo, 2000.

<sup>22</sup> CCPR, *General Comment* N. 12, cit., par. 1.

“Article 1 enshrines an inalienable right of all peoples as described in its paragraphs 1 and 2. By virtue of that right they freely "determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development". The article imposes on all States parties corresponding obligations. This right and the corresponding obligations concerning its implementation are interrelated with other provisions of the Covenant and rules of international law.”<sup>23</sup>

La definizione precisa di quali popoli siano portatori di questo diritto non si ritrova né nel Patto, né nelle interpretazioni del Comitato. Alcuni autori sottolineano che il termine “popoli” è chiaramente distinto dal termine “minoranze” (che nel contesto di questo documento include anche i popoli indigeni) e che la prassi del Comitato abbia avvalorato il principio per cui per “popolo” si intende solo quella maggioranza che vive in un determinato territorio<sup>24</sup>.

Il Comitato ha sovente connesso l’art. 1 all’art. 27<sup>25</sup>, individuando nella soddisfazione del diritto all’autodeterminazione la condizione necessaria per il godimento degli altri diritti contenuti nel Patto nei casi riguardanti popoli indigeni, come per esempio in *Apirana Mahuika et al v. New Zealand*<sup>26</sup>. In particolare in questa occasione il CCPR afferma che il diritto a mantenere la propria cultura (garantito dall’art. 27 del ICCPR) non può essere dichiarato in astratto, ma deve essere inserito in un contesto che presuppone una forma di autodeterminazione per i popoli in questione:

“The right to enjoy one's culture cannot be determined in abstracto but has to be placed in context. In particular, article 27 does not only protect traditional means of livelihood of minorities, but allows also for adaptation of those means to the modern way of life and ensuing technology. In this case the legislation introduced by the State

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>24</sup> THORNBERRY, op.cit., p. 127.

<sup>25</sup> Vedere *infra*.

<sup>26</sup> CCPR, *Apirana Mahuika et al v. New Zealand*, Comm. N. 547/1993. Il comitato si era già espresso in questo senso nel caso *Lansmann et al. v. Finland*, Comm. N. 511/1992, cit., par. 9.4: “A State may understandably wish to encourage development or allow economic activity by enterprises. The scope of its freedom to do so is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligations it has undertaken in article 27. Article 27 requires that a member of a minority shall not be denied his right to enjoy his own culture. Thus, measures whose impact amount to a denial of the right will not be compatible with the obligations under article 27. However, measures that have a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the right under article 27.”.

affects, in various ways, the possibilities for Maori to engage in commercial and non-commercial fishing. The question is whether this constitutes a denial of rights.”<sup>27</sup>

L'applicazione dell'art. 1 è stata inizialmente affrontata dal Comitato nelle sue osservazioni conclusive relative al Canada<sup>28</sup>. Nel 1998 la Corte Suprema Canadese ha affermato, nel *Quebec Secession Case*, che più popoli possono coesistere all'interno di uno Stato<sup>29</sup>. A seguito di questa pronuncia il Comitato ha mantenuto lo stesso approccio anche in riferimento ad altri paesi all'interno dei quali coesistono più popoli indigeni<sup>30</sup>.

In particolare in relazione al caso Canadese:

“The Committee, while taking note of the concept of self-determination as applied by Canada to the aboriginal peoples, regrets that no explanation was given by the delegation concerning the elements that make up that concept, and urges the State party to report adequately on implementation of article 1 of the Covenant in its next periodic report. [...] the Committee emphasizes that the right to self-determination requires, inter alia, that all peoples must be able to freely dispose of their natural wealth and resources and that they may not be deprived of their own means of subsistence (art. 1, para. 2). The Committee recommends that decisive and urgent action be taken towards the full implementation of the RCAP recommendations on land and resource allocation. The Committee also recommends that the practice of extinguishing inherent aboriginal rights be abandoned as incompatible with article 1 of the Covenant.”<sup>31</sup>.

L'art. 1 dell'ICCPR crea problemi dal punto di vista procedurale, dato che è formulato come diritto collettivo (a differenza degli altri diritti umani enunciati nel Patto), rientra nei rapporti presentati dagli Stati, ma non può essere oggetto di un ricorso individuale<sup>32</sup>. Probabilmente per superare questo problema procedurale e a causa delle difficoltà intrinseche al controverso diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni, il CCPR lo vincola al diritto alla terra e in particolare, al diritto di partecipazione dei popoli indigeni

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, par. 9.4.

<sup>28</sup> CCPR, *Concluding Observations*, Canada, 1999.

<sup>29</sup> Sentenza della Corte Suprema, *Canada Secession of Quebec*, N.217 del 1998, cfr. SCHEININ, *Indigenous Peoples*, op. cit. p. 11.

<sup>30</sup> CCPR, *Concluding Observations*: Messico (1999); Norvegia (1999); Australia (2000); Svezia (2002).

<sup>31</sup> CCPR, *Concluding Observations*, Canada, 1999, CCPR/C/79/Add.105, parr. 7 e 8.

<sup>32</sup> SCHEININ, *Indigenous Peoples*, op. cit., p. 13.

nei processi di decisione sulle questioni legate alle terre che abitano e all'utilizzo delle risorse presenti su queste. Per esempio si pronuncia nel caso dell'Australia, nel 2000, evidenziando:

“The Committee is concerned, despite positive developments toward recognizing the land rights of the Aboriginals and Torres Strait Islanders through judicial decisions (Mabo, 1992; Wik, 1996) and enactment of the Native Title Act of 1993, as well as actual demarcation of considerable areas of land, that in many areas native title rights and interests remain unresolved and that Native Title Amendments of 1998 in some respects limit the rights of indigenous persons and communities, in particular in the field of effective participation in all matters affecting land ownership and use, and affects their interests in native title lands, particularly pastoral lands.”<sup>33</sup>.

Il Comitato è stato molto cauto nell'esprimersi sul diritto all'autodeterminazione previsto dall'art. 1 comune ai Patti e alcuni autori hanno criticato questa mancata presa di posizione. In particolare in relazione alla comunicazione *Kitok v. Sweden*, che contemplava il diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni<sup>34</sup>, il Comitato ha dichiarato la non ricevibilità, evitando di pronunciarsi sull'art. 1<sup>35</sup>.

## **1.2. La tutela dei popoli indigeni secondo l'art. 27 dell'ICCPR**

L'art. 27 del Patto, relativo ai diritti delle minoranze, è certamente l'articolo più strettamente connesso alle questioni indigene: in più occasioni il Comitato ha dovuto pronunciarsi su contenziosi nei quali i protagonisti erano individui indigeni che avevano denunciato la violazione di questo articolo da parte di diversi Stati.

I popoli indigeni appartengono anche a categorie che godono di una tutela in quanto “gruppi” particolari, ossia “collettività”. In questo senso, nella maggior parte dei casi, rientrano nel concetto di “minoranza” considerato dall'art. 27 ICCPR:

---

<sup>33</sup> CCPR, *Concluding Observations*, Australia, 2000, CCPR/A/55/40, par. 498. Vedere anche per la Svezia, CCPR/CO/74/SWE, 2002, par. 15: “The State Party should take steps to involve the Sami by giving them greater influence in decision-making affecting their natural environment and their means of subsistence.”

<sup>34</sup> *Kitok v. Sweden*, CCPR/C/33/D/197/1985.

<sup>35</sup> MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee, its Role in the Development of the ICCPR*, Oxford, 1991, p. 250.

“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language”,

che rafforza i principi di non discriminazione, libertà di religione, di espressione e il diritto alla diversità culturale, già previsti per ogni singolo individuo. Il preciso obbiettivo di questa norma è salvaguardare la diversità culturale garantendo che i membri delle minoranze possano vivere secondo i propri parametri e identità particolari. Per lo Stato non vi è solo l’obbligo negativo di non interferenza, come inizialmente si reputava, ma anche l’obbligo positivo<sup>36</sup> di adottare un trattamento speciale per la soddisfazione della garanzia prevista<sup>37</sup>:

“If States took no action to address imbalances between vulnerable groups and powerful majorities, they were neither ‘securing’ nor ‘respecting’ Article 27”<sup>38</sup>.

Dall’interpretazione dell’art. 27 operata dal CCPR emerge che gli Stati Parti avranno l’obbligo di adottare *misure positive* per garantire la tutela delle minoranze, non solo contro gli atti dello Stato stesso, ma anche contro gli atti commessi da altri individui all’interno del medesimo Stato: tale meccanismo è detto di protezione orizzontale<sup>39</sup>.

E’ da sottolineare che questo articolo del ICCPR non individua un diritto collettivo, bensì individuale, riferendosi a “*persons belonging*”; quindi, a livello procedurale, non può tutelare l’interesse di una comunità indigena nel suo insieme, se non nel caso in cui l’interesse dell’individuo corrisponda a quello dell’intera comunità<sup>40</sup>.

La questione dell’appartenenza culturale (*persons belonging*) a un gruppo è stata affrontata per la prima volta dal Comitato nel caso *Lovelace v. Canada*<sup>41</sup>, nel quale una donna

---

<sup>36</sup> CCPR, *General Comment* N. 23, par. 6.1: “Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a “right” and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party”.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>38</sup> CAPOTORTI, *Study on the Rights*, op. cit., p. 36 ss.

<sup>39</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 161.

<sup>40</sup> Per un approfondimento sui diritti collettivi vedere *supra*.

<sup>41</sup> CCPR, *Sandra Lovelace v. Canada*, Comm. N. 24/1977.



indigena aveva perso il suo *status* per aver sposato un individuo non indigeno, sulla base dei principi contenuti nell'*Indian Act of Canada*<sup>42</sup>. Al contrario, secondo lo stesso *Indian Act*, un uomo indigeno che sposa una donna non indigena non perde il suo *status*. La Lovelace fa ricorso al CCPR, sostenendo che l'*Indian Act* è discriminatorio e contrario agli articoli 2(1), 3, 23(1), 23(4), 26 e 27 del Patto<sup>43</sup>. Il Comitato riconosce la violazione degli articoli 26 e 27<sup>44</sup> e definisce i parametri per l'applicazione dell'art. 27: in primo luogo viene stabilita la prevalenza dei criteri internazionali sulle leggi nazionali nelle questioni relative all'esistenza di minoranze e di appartenenza a un gruppo; il secondo luogo lo CCPR afferma che, nonostante l'art. 27 faccia riferimento al diritto dell'individuo, la garanzia di questo diritto individuale dipende dalla capacità del gruppo di mantenere la propria cultura, il proprio linguaggio e le proprie tradizioni. Lo CCPR mette così in stretta correlazione dei diritti collettivi a i diritti individuali, i primi quali presupposti di questi ultimi<sup>45</sup>.

“The case of Sandra Lovelace should be considered in the light of the fact that her marriage to a non-Indian has broken up. It is natural that in such a situation she wishes to return to the environment in which she was born, particularly as after the dissolution of her marriage her main cultural attachment again was to the Maliseet band. Whatever may be the merits of the Indian Act in other respects, it does not seem to the Committee that to deny Sandra Lovelace the right to reside on the reserve is reasonable, or necessary to preserve the identity of the tribe. The Committee therefore concludes that to prevent her recognition as belonging to the band is an unjustifiable denial of her rights under article 27 of the Covenant, read in the context of the other provisions referred to.”<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Indian Act*, emanato dal Parlamento del Canada nel 1876 in virtù di un previsione contenuta nella Costituzione Canadese del 1867 (Sezione 91. 24).

<sup>43</sup> THORNBERRY, op.cit, p.155.

<sup>44</sup> CCPR, Supp. N. 40 (A/36/40), 166ma sessione, 1981.

<sup>45</sup> *Ibidem* p. 157. Vedere anche il caso *Kitok v. Sweden*, N.197/1985.

<sup>46</sup> *Ibidem*, par. 17. Il Comitato specifica nel par. 18 : “In view of this finding, the Committee does not consider it necessary to examine whether the same facts also show separate breaches of the other rights invoked. The specific rights most directly applicable to her situation are those under article 27 of the Covenant. The rights to choose one's residence (article 12), and the rights aimed at protecting family life and children (articles 17, 23 and 24) are only indirectly at stake in the present case. The facts of the case do not seem to require further examination under those articles. The Committee's finding of a lack of a reasonable justification for the interference with Sandra Lovelace's rights under article 27 of the Covenant also makes it unnecessary, as suggested above (paragraph 12), to examine the general provisions against discrimination (articles 2, 3 and 26) in the context of the present case, and in particular to determine their bearing upon inequalities predating the coming into force of the Covenant for Canada.”.

Un secondo caso di interesse è *Lubicon Lake v. Canada*<sup>47</sup>, nel quale la violazione dell'art. 27 viene individuata nella distruzione delle risorse naturali (olio, gas, legname) necessarie alle popolazioni locali per condurre il tradizionale stile di vita basato sulla pesca e sulla caccia<sup>48</sup>. Questo caso è esemplare perché è il primo in cui il Comitato connette la violazione dell'art. 27 allo sfruttamento delle risorse naturali come causa di interferenza nella vita sociale ed economica di una comunità indigena<sup>49</sup>.

Sulla stessa linea si è pronunciato anche in relazione al caso *Ilmari Länsman et al. v. Finland* nel 1992<sup>50</sup>, dove la Finlandia doveva rispondere per aver dato una concessione per la costruzione di una cava in una zona di allevamento delle renne di alcune comunità indigene:

“The question that therefore arises in this case is whether the impact of the quarrying on Mount Riutusvaara is so substantial that it does effectively deny to the authors the right to enjoy their cultural rights in that region. The Committee recalls paragraph 7 of its General Comment on article 27, according to which minorities or indigenous groups have a right to the protection of traditional activities such as hunting, fishing or, as in the instant case, reindeer husbandry, and that measures must be taken "to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them.”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> CCPR, *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Comm. N. 167/1984.

<sup>48</sup> SCHEININ, *Indigenous Peoples' Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in CASTELLINO & WALSH, a cura di, *International Law and Indigenous Peoples*, 2005, p. 3-15.

<sup>49</sup> CCPR/C/38/D/167/1984, 38ma sessione, 10 maggio 1990, par. 32.1 ss. Vedere anche par. 23. 2 “In substantiation of earlier allegations, the author explains that the Band's loss of its economic base and the breakdown of its social institutions, including the transition from a way of life marked by trapping and hunting to a sedentary existence, has led to a marked deterioration in the health of the Band members: "... the diet of the people has undergone dramatic changes with the loss of their game, their reliance on less nutritious processed foods, and the spectre of alcoholism, previously unheard of in this community and which is now overwhelming it .... As a result of these drastic changes in the community's physical existence, the basic health and resistance to infection of community members has deteriorated dramatically. The lack of running water and sanitary facilities in the community, needed to replace the traditional systems of water and sanitary management .... is leading to the development of diseases associated with poverty and poor sanitary and health conditions. This situation is evidenced by the astonishing increase in the number of abnormal births and by the outbreak of tuberculosis, affecting approximately one third of the community.”

<sup>50</sup> CCPR, *Ilmari Länsman et al. v. Finland*, Comm. N. 511/1992.

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 9.5. In questo caso il Comitato giunse alla conclusione che non vi era stata una violazione dell'art. 27 da parte della Finlandia, dato che le attività della cava non avevano limitato l'attività di allevamento delle renne, par. 9.7-10: “9.7 As far as future activities which may be approved by the authorities are concerned, the Committee further notes that the information available to it indicates that the State party's authorities have endeavoured to permit only quarrying which would minimize the impact on any reindeer herding activity in Southern Riutusvaara and on the environment; the intention to minimize the effects of extraction of stone from the area on reindeer husbandry is reflected in the conditions laid down in

Il concetto di minoranza non è definito nel Patto, ma il Comitato sottolinea che non è importante che queste minoranze siano composte da cittadini dello Stato in questione, ma è sufficiente che si trovino sul territorio per godere delle garanzie sancite nell'art. 27<sup>52</sup>.

Non essendo contenuta nel testo del Patto una definizione statica del concetto di "minoranza", il Comitato ha potuto applicare l'art. 27 in differenti situazioni, anche relative a paesi come Bolivia e Guatemala, dove la componente indigena numericamente supera la metà della popolazione<sup>53</sup>.

Un ulteriore apporto del CCPR al significato dell'art. 27, ai fini della tutela dei diritti dei popoli indigeni, è certamente dato dall'interpretazione che viene fatta del concetto di "cultura" in senso antropologico, includendo il "modo di vivere" di un gruppo. Nel *General Comment* n. 23 viene infatti precisato:

"With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the

---

the quarrying permit. Moreover, it has been agreed that such activities should be carried out primarily outside the period used for reindeer pasturing in the area. Nothing indicates that the change in herding methods by the Muotkatunturi Herdsmens' Committee (...) could not be accommodated by the local forestry authorities and/or the company. 9.8 With regard to the authors' concerns about future activities, the Committee notes that economic activities must, in order to comply with article 27, be carried out in a way that the authors continue to benefit from reindeer husbandry. Furthermore, if mining activities in the Angeli area were to be approved on a large scale and significantly expanded by those companies to which exploitation permits have been issued, then this may constitute a violation of the authors' rights under article 27, in particular of their right to enjoy their own culture. The State party is under a duty to bear this in mind when either extending existing contracts or granting new ones. 10. The Human Rights Committee, acting under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, is of the view that the facts as found by the Committee do not reveal a breach of article 27 or any other provision of the Covenant."

<sup>52</sup> CCPR, *General Comment* N. 23, cit., par. 5. 2. "Article 27 confers rights on persons belonging to minorities which "exist" in a State party. Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not relevant to determine the degree of permanence that the term "exist" connotes. Those rights simply are that individuals belonging to those minorities should not be denied the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to practise their religion and speak their language. Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents. Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. As any other individual in the territory of the State party, they would, also for this purpose, have the general rights, for example, to freedom of association, of assembly, and of expression. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria".

<sup>53</sup> CCPR, *General Comment* N. 23, par. 6. 2 e 9, cfr. THORNBERRY, op.cit., p. 153.

effective participation of members of minority communities in decisions which affect them”<sup>54</sup>.

Oltre all’art. 27, anche altri articoli del Patto riguardano indirettamente le problematiche indigene e il Comitato li ha valutati in relazione a casistiche specifiche (e in seguito ripresi nei *General Comment*). A seguire una breve panoramica.

### **1.3. L’interpretazione del diritto alla famiglia e alla riservatezza nel caso *Hopu and Bessert v. France* per garantire la protezione dei territori indigeni**

Il *diritto alla famiglia e alla riservatezza* è tutelato dall’art. 17 del ICCPR, dove il legame tra il concetto di famiglia e riservatezza suggerisce la protezione della sfera personale dell’individuo.

I concetti di “famiglia” e di “riservatezza” non vengono definiti nel Patto. Il Comitato si limita a riconoscere che in ogni Stato il concetto di famiglia, inteso come nucleo fondamentale della società, può essere inteso in modo differente, problema che si ricollega facilmente alle differenti strutture sociali dei gruppi indigeni:

“The Committee notes that the concept of the family may differ in some respects from State to State, and even from region to region within a State, and that it is therefore not possible to give the concept a standard definition. However, the Committee emphasizes that, when a group of persons is regarded as a family under the legislation and practice of a State, it must be given the protection referred to in article 23. Consequently, States parties should report on how the concept and scope of the family is construed or defined in their own society and legal system. Where diverse concepts of the family, "nuclear" and "extended", exist within a State, this should be indicated with an explanation of the degree of protection afforded to each. In view of the existence of various forms of family, such as unmarried couples and their children or single parents and their children, States parties should also indicate whether and to what extent

---

<sup>54</sup> CCPR, *General Comment* N. 23, par. 7. Questa interpretazione del CCPR si può ritrovare anche applicata nel caso *Bernard Ominayak, Chief of Lubicon Lake Band v. Canada* cit. e nel caso *Jouni E. Lansman et al. v. Finlandia*, Comm. n. 671/1995.

such types of family and their members are recognized and protected by domestic law and practice.”<sup>55</sup>

Il caso di maggiore interesse per quanto riguarda la violazione degli articoli 17 e 23 del Patto in relazione a dei soggetti indigeni è *Hopu and Bessert v. France* del 1993<sup>56</sup>. Nel caso, le autorità di Tahiti, che dipendevano dalla Francia, avevano concesso un’autorizzazione per la costruzione di un complesso alberghiero in una zona di particolare importanza per la storia dei Polinesiani. L’area in questione comprendeva una laguna nella quale all’incirca 30 famiglie indigene svolgevano le attività tradizionali di pesca e caccia necessarie per la propria sussistenza, oltre che essere luogo di sepoltura degli avi.

I ricorrenti reclamano la violazione degli articoli 2(3) e 14 (1), 17, 23, e 27 del Patto, sottolineando inoltre di considerarsi proprietari delle terre in questione e di non riconoscere la giurisdizione dei Tribunali francesi, dato che la Francia stessa aveva riconosciuto, nel 1880, la sola giurisdizione dei cosiddetti “Tribunali indigeni”. Il Comitato dichiara l’ammissibilità per quanto riguarda gli articoli 14 (1), 17 (1) e 23 (1), mentre non si pronuncia sulla questione della proprietà delle terre non essendoci un articolo corrispondente nell’ ICCPR. La questione viene decisa con un’interpretazione ampia e singolare del diritto alla protezione della famiglia e della privacy, tanto da generare alcune opinioni contrarie all’interno dello stesso Comitato:

“The authors claim that the construction of the hotel complex on the contested site would destroy their ancestral burial grounds, which represent an important place in their history, culture and life, and would arbitrarily interfere with their privacy and their family lives, in violation of articles 17 and 23. They also claim that members of their family are buried on the site. The Committee observes that the objectives of the Covenant require that the term "family" be given a broad interpretation so as to include all those comprising the family as understood in the society in question. It follows that cultural traditions should be taken into account when defining the term "family" in a specific situation. It transpires from the authors' claims that they consider

---

<sup>55</sup> CCPR, *General Comment* N. 19, cit., par. 2.

<sup>56</sup> CCPR, *Hopu and Bessert v. France*, Comm. N. 549/1993.

the relationship to their ancestors to be an essential element of their identity and to play an important role in their family life.”<sup>57</sup>

Il Comitato giunge alla conclusione che lo Stato ha mancato nel non considerare l'importanza del legame con gli antenati nella cultura e nella storia Polinesiane e ritiene che costruire al di sopra dei luoghi di sepoltura ancestrali sia un'arbitraria interferenza nel diritto alla famiglia e nella riservatezza dei discendenti di questi ultimi.

Alcuni pareri dissidenti sostengono che il concetto di famiglia, per quanto di ampia interpretazione, non possa includere un'intera comunità e i corrispondenti antenati. In questo senso alcuni membri del Comitato individuano nel caso in esame la violazione dell'art. 27, ma non la violazione del diritto alla famiglia:

“(...) However, even when the term "family" is extended, it does have a discrete meaning. It does not include all members of one's ethnic or cultural group. Nor does it necessarily include all one's ancestors, going back to time immemorial. The claim that a certain site is an ancestral burial ground of an ethnic or cultural group, does not, as such, imply that it is the burial ground of members of the authors' family. The authors have provided no evidence that the burial ground is one that is connected to their family, rather than to the whole of the indigenous population of the area. The general claim that members of their families are buried there, without specifying in any way the nature of the relationship between themselves and the persons buried there, is insufficient to support their claim, even on the assumption that the notion of family is different from notions that prevail in other societies.”<sup>58</sup>

Allo stesso modo, dagli stessi membri del Comitato, non viene considerato idoneo il concetto di *riservatezza* sulla quale il Comitato fonda il proprio giudizio, dato che la nozione di riservatezza deve coinvolgere aspetti della vita privata o delle relazioni di una persona, la quale decide di proteggerli da intrusioni esterne. Per *riservatezza* non si può intendere invece l'accesso a uno spazio pubblico, indipendentemente dalla natura di questo spazio. Il fatto di poter accedere a determinati siti portatori di valori simbolici per un

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, par. 103.

<sup>58</sup> *Ibidem*, opinione individuale dissenziente dei membri del Comitato David Kretzmer, Thomas Buergenthal, Nisuke Ando e Lord Colville, par. 4.

individuo, può influire sul diritto all'identità o alla cultura di un soggetto (tutelati dagli artt. 18 e 27 dell'ICCPR), ma non sul diritto alla *riservatezza* dello stesso<sup>59</sup>.

Il caso evidenzia le problematiche che possono insorgere in relazione a concetti non facilmente definibili sulla base di parametri certi, ma suscettibili di influenze e variabili culturali e sociali, e il conseguenziale rischio di stravolgere il senso dei relativi diritti garantiti.

#### **1.4. Altri diritti dell'ICCPR “utili” alla tutela dei popoli indigeni: gli artt. 25 e 26**

Il *principio di non discriminazione* viene enunciato nell'art. 26 dell'ICCPR con una doppia accezione: le leggi dello Stato parte non dovranno essere discriminatorie e dovranno inoltre garantire che le persone siano effettivamente tutelate contro qualsiasi tipo di discriminazione.

Nel *General Comment* n. 18<sup>60</sup> il Comitato sottolinea che nel Patto non esiste una definizione del concetto di discriminazione e che per questo si fa riferimento all'art. 1 della ICEARD<sup>61</sup>, che intende per discriminazione razziale “ogni distinzione, esclusione, limitazione o preferenza basata sulla razza, il colore della pelle, la discendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro ambito della vita pubblica”<sup>62</sup>.

Quindi, secondo il CCPR la definizione di “discriminazione” è applicabile in senso ampio:

“While these conventions deal only with cases of discrimination on specific grounds, the Committee believes that the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, par. 6.

<sup>60</sup> CCPR, *General Comment* n. 18, del 10/11/89, dedicato al principio di non discriminazione.

<sup>61</sup> Vedere *infra*.

<sup>62</sup> ICEARD, art.1 (1). Viene inoltre menzionato dal CCPR anche l'art. 1 della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne* (CEDAW), adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 Dicembre del 1979: “For the purposes of the present Convention, the term “discrimination against women” shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field”.

or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.”<sup>63</sup>.

Oltre all’art. 26 anche l’art. 2 (1) e l’art. 3 del Patto sanciscono il divieto di discriminazione<sup>64</sup> da parte di uno Stato nel garantire i diritti enunciati nel documento. Gli articoli 14, 19 e 20 affermano rispettivamente il diritto all’uguaglianza di fronte alle legge, il diritto alla libertà di espressione e il divieto di propaganda e incitamento all’odio razziale e religioso.

Nel *General Comment* n. 18 non vi sono riferimenti espliciti agli individui indigeni, benché questo principio stia alla base delle rivendicazioni indigene anche nel campo dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali.

L’art. 25 relativo alla partecipazione democratica alle questioni pubbliche è particolarmente rilevante per i popoli indigeni. Il testo dell’ICCPR limita questo diritto ai soli cittadini di uno Stato:

“Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

(a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;

(b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;

(c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.”<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> CCPR, *General Comment* N. 18, par. 7.

<sup>64</sup> ICCPR, art. 2 (1): “1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”; art. 3: “The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant”.

<sup>65</sup> ICCPR, art. 25.



Il Comitato sottolinea che la partecipazione democratica diretta si esercita attraverso *referendum* e assemblee popolari, nelle quali si prendono decisioni relative a questioni locali o riguardanti una particolare comunità. In questo senso partecipare significa non solo esercitare il semplice diritto di voto, ma costruire un continuo dialogo e scambio pubblico. Il CCPR evidenzia che per permettere una partecipazione democratica effettiva è necessario superare le barriere linguistiche, educative, logistiche; lo Stato dovrà dunque adottare misure positive a riguardo, tanto più se si fa riferimento a comunità indigene, le quali non hanno nella maggior parte dei casi uguali possibilità di accesso all'informazione rispetto al resto della popolazione<sup>66</sup>.

Di rilievo per le problematiche relative alla partecipazione al voto delle comunità indigene, l'opinione di Scheinin sulla possibilità dell'esercizio della partecipazione politica "colettiva", nel caso *Diergaardt v. Namibia*<sup>67</sup>:

"(...) In paragraph 10.8, the Committee, in my opinion unnecessarily, emphasizes the individual nature of rights of participation under article 25. In my view there are situations where article 25 calls for special arrangements for rights of participation to be enjoyed by members of minorities and, in particular, indigenous peoples. When such a situation arises, it is not sufficient under article 25 to afford individual members of such communities the individual right to vote in general elections. Some forms of local, regional or cultural autonomy may be called for in order to comply with the requirement of effective rights of participation. As is emphasized at the end of paragraph 10.3 of the Views, the right of self-determination under article 1 affects the interpretation of article 25."<sup>68</sup>.

## **2. Il Patto sui diritti Economici, Sociali e Culturali e l'operato del CESC in relazione ai popoli indigeni**

L'ICESCR<sup>69</sup> è uno strumento che promuove, nello specifico, fra i diritti economici: il diritto al lavoro e i diritti sindacali; tra i diritti sociali: il diritto ad un livello di vita

---

<sup>66</sup> CCPR, *General Comment* N. 25, par. 11, 12.

<sup>67</sup> CCPR, *Diergaardt et al. v. Namibia*, Comm. n.760/1997, cfr. CCPR/C/63/D/760/1997 del 7 luglio 1998.

<sup>68</sup> *Ibidem*, Opinione individuale concorrente di Martin Scheinin.

<sup>69</sup> ICESCR, adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre del 1966, Ris. 2200A(XXI). Per un'analisi cfr. SOHN, *Guide to interpretation of the Conventant on Economic, Social and Cultural Rights*, Irvington, 1993;

adeguato, alle condizioni di salute, alla protezione della famiglia, alla protezione speciale per madri e fanciulli; fra i diritti culturali: i diritti all'istruzione, a partecipare alla vita culturale e godere dei benefici del progresso scientifico<sup>70</sup>. Gli Stati parti devono adottare le misure necessarie per garantire la piena realizzazione dei diritti enunciati nel trattato<sup>71</sup>.

Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (da ora CESCR o Comitato) è l'organo di esperti indipendenti che controlla l'attuazione del ICESCR da parte degli Stati. Il Comitato è stato istituito dall'ECOSOC con Ris. 1985/17 del 28 maggio 1985 per svolgere le funzioni di controllo assegnate dalle Nazioni Unite nella parte IV del Patto.

Tutti gli Stati parti sono tenuti a presentare rapporti periodici al Comitato sulla situazione dei diritti garantiti nel Patto<sup>72</sup>. Gli Stati devono presentare il primo rapporto entro due anni dalla ratifica del Patto e, successivamente, ogni cinque anni. Il Comitato esamina ogni rapporto e riassume le raccomandazioni allo Stato parte sotto forma di "osservazioni conclusive".

Il Patto non contiene un articolo specifico relativo ai gruppi indigeni o alle minoranze, ma il Comitato in più occasioni si è espresso su questioni riguardanti le condizioni di vita e la violazione dei diritti delle popolazioni indigene<sup>73</sup>. Il CESCR esercita funzioni simili a quelle delle CCPR, formulando osservazioni sui casi specifici presentati nei rapporti di ogni Stato e producendo dei *General Comments*, relativi ai differenti articoli del trattato. Il Comitato riceve contributi anche da ONG e dalle agenzie specifiche delle Nazioni Unite che operano sui territori<sup>74</sup>.

Il primo diritto inerente alle questioni indigene è certamente quello contemplato dall'art. 1, ovvero *il diritto all'autodeterminazione* dei popoli. La formulazione è identica a quella prevista dall'ICCPR e il CESCR non ha prodotto un *General Comment* specifico a riguardo. Analogo al corrispondente nell'ICCPR è anche l'art. 2 relativo al principio di *non discriminazione*.

---

CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995.

<sup>70</sup> ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, op.cit., p. 42.

<sup>71</sup> ICESCR, art. 2.1.

<sup>72</sup> ICESCR, art.16.

<sup>73</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 183.

<sup>74</sup> Per quanto riguarda le comunicazioni individuali, il 10 dicembre 2008, l'Assemblea Generale ha adottato all'unanimità un Protocollo Aggiuntivo (Risoluzione A/RES/63/117) che prevede la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare comunicazioni. L'Assemblea Generale ha preso atto della adozione da parte del Consiglio dei diritti umani, con la risoluzione 8/2 del 18 giugno 2008, del Protocollo Aggiuntivo.

Di notevole interesse è invece l'art. 11 dell'ICESCR, che stabilisce il *diritto all'alloggio e al cibo*, ed è diviso in due paragrafi: il primo che afferma che gli Stati parti dovranno garantire a ogni individuo il diritto a delle condizioni di vita adeguate per sé e per la propria famiglia (tra le condizioni vengono elencate il cibo, i vestiti e l'alloggio):

“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.”<sup>75</sup>

Il secondo afferma invece che gli Stati dovranno impegnarsi nel realizzare o sviluppare le riforme necessarie per raggiungere il più alto livello di sfruttamento e utilizzo delle risorse naturali<sup>76</sup>.

Il diritto ad un alloggio viene garantito anche in altri strumenti internazionali, tra i quali: art. 25 (1) della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, art. 5 (e) (i) della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*; art. 14 (2) della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne*; art. 27 (3) della *Convenzione per i diritti del Fanciullo*.

Nel *General Comment* N. 4 del 13/12/1991, il CESCR sottolinea che i casi di trasferimento forzato sono totalmente incompatibili con il diritto sancito nell'art. 11.

Inoltre negli ordinamenti nazionali degli Stati parti si dovrebbero prevedere:

“Depending on the legal system, such areas might include, but are not limited to: (a) legal appeals aimed at preventing planned evictions or demolitions through the issuance of court-ordered injunctions; (b) legal procedures seeking compensation following an illegal eviction; (c) complaints against illegal actions carried out or

---

<sup>75</sup> ICESCR, art. 11. 1.

<sup>76</sup> ICESCR, art. 11. 2: “The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed: (a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources; (b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.”.

supported by landlords (whether public or private) in relation to rent levels, dwelling maintenance, and racial or other forms of discrimination; (d) allegations of any form of discrimination in the allocation and availability of access to housing; and (e) complaints against landlords concerning unhealthy or inadequate housing conditions. In some legal systems it would also be appropriate to explore the possibility of facilitating class action suits in situations involving significantly increased levels of homelessness.”<sup>77</sup>

Queste specificazioni risultano particolarmente rilevanti per i popoli indigeni, in vari Stati soggetti a trasferimenti forzati, espropriazione e usurpazione delle proprie terre. Sul tema il CDESCR nella quattordicesima sessione analizza la situazione del Paraguay affermando che la principale causa della fame e della malnutrizione nel paese è l'impossibilità di accesso, per la popolazione indigena, ai territori ancestrali<sup>78</sup>. Nel rapporto del 2004 il Comitato rileva che la situazione in Paraguay non è ancora cambiata:

“Al Comité le preocupa profundamente la suerte de la población indígena así como la de las 200.000 familias aproximadamente de campesinos mestizos sin tierra. La principal razón del hambre y la malnutrición de la población indígena y de la privación de sus derechos está relacionada con el grave problema del acceso a las tierras tradicionales y ancestrales. Aunque este derecho fue reconocido por la Ley N° 904/81 y otras leyes posteriores, sigue en suspenso. Llevan pendiente durante muchos años 80 reclamaciones documentadas para que se legalice el acceso de los indígenas a las tierras tradicionales. Todos los grupos indígenas del Chaco fueron expulsados de sus tierras tradicionales por los ganaderos o empresas industriales. Al Comité le preocupa igualmente la situación de las familias de campesinos sin tierra, quienes en número de 50.000 se dirigieron el 15 de marzo de 1996 en manifestación a la capital, Asunción, exigiendo que se adoptasen medidas legislativas con respecto a las tierras ocupadas por ellos y denunciando el hecho de que el Gobierno no hubiese cumplido las anteriores promesas de reforma agraria. En el Paraguay hoy día el 5% de la población posee del 60 al 80% del territorio nacional, una situación que hace peligrar la paz y la estabilidad en el Paraguay.”<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>CDESCR, *General Comment* N. 4, cit., parr. 17, 18.

<sup>78</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit. p. 188.

<sup>79</sup> CDESCR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*, Santiago, 2004, p. 217, par. 9.

Allo stesso modo nel 2008, in relazione alla Bolivia, identifica tra i fattori che impediscono l'attuazione dei diritti del ICESCR il fatto che “the right to land, in particular ancestral lands, is not duly guaranteed to indigenous peoples. It notes with concern that nearly 70 per cent of all land is owned by only 7 per cent of the population”<sup>80</sup> e raccomanda “the State party to increase its efforts to speed up the demarcation of ancestral lands and territories and their return to the indigenous peoples.”<sup>81</sup>.

L'art. 12 del ICESCR prevede il *diritto alla salute*, che il Comitato ha voluto fortemente legare ai popoli indigeni: nel *General Comment* N. 14 al par. 27 in particolare afferma che gli Stati parti devono garantire con misure specifiche l'accesso ai servizi medico-sanitari e che le cure per gli individui indigeni dovranno essere culturalmente appropriate, ossia dovranno tenere in considerazione la medicina e le pratiche tradizionali di questi popoli.

Uno degli aspetti più interessanti però è che il Comitato vincola il diritto alla salute al diritto a vivere “in contatto” con le terre ancestrali e individua nel trasferimento forzato di queste popolazioni la possibile causa di una violazione del diritto alla salute:

“The vital medicinal plants, animals and minerals necessary to the full enjoyment of health of indigenous peoples should also be protected. The Committee notes that, in indigenous communities, the health of the individual is often linked to the health of the society as a whole and has a collective dimension. In this respect, the Committee considers that development-related activities that lead to the displacement of indigenous peoples against their will from their traditional territories and environment, denying them their sources of nutrition and breaking their symbiotic relationship with their lands, has a deleterious effect on their health”<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> CESCR, *Concluding observations*, Bolivia, E/C.12/BOL/CO/2, 8 agosto 2008, par. 23.

<sup>81</sup> *Ibidem*, par. 36. Vedere anche CESCR, *Concluding Observations*, Brasile, E/C.12/BRA/CO/2, 12 giugno 2009, par.9: “The Committee is concerned at the slow progress in the land reform process notwithstanding the constitutional rights to property and self-determination, as well as the enactment of legislation to facilitate the demarcation of land belonging to the indigenous peoples, the State party’s adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (adopted in 2007) and its ratification of OIL Convention No. 169. (art. 1, para. 1) The Committee recalls the recommendation made in its concluding observations on the State party’s initial report in this regard and recommends that the State party expeditiously complete the process of demarcation and allocation of indigenous land in accordance with the Constitution and existing laws.”.

<sup>82</sup> CESCR, *General Comment* N. 15 del 11/08/2000, par. 27.

Nell'art. 13 del ICESCR viene sancito il *diritto all'istruzione*, che riguarda i popoli indigeni sotto differenti profili: si riconosce l'istruzione come uno strumento per la promozione della tolleranza nei confronti delle diversità culturali, razziali, etniche e religiose; deve essere accessibile a tutti; e, come specificato nel *Manual on Human Rights Reporting*<sup>83</sup>, deve essere promossa nella lingua madre per i bambini che appartengono e distinti gruppi etnici.

Il *General Comment* N. 13 del 8/12/1999 interpreta il diritto all'istruzione alla luce del principio di "non discriminazione", in riferimento a diversi strumenti internazionali tra cui: *Convenzione contro la discriminazione in educazione*<sup>84</sup>, *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne*, la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, la *Convenzione per i diritti del fanciullo* e la *OIL Indigenous and Tribal Peoples Convention*, 1989 (n. 169). Il Comitato ritiene che l'attuazione di programmi specifici per determinati gruppi, previsti nell'art. 2 della *Convenzione contro la discriminazione in educazione*<sup>85</sup>, non costituiscano una discriminazione, ma afferma che gli Stati parti devono monitorare l'istruzione a livello di politiche, programmi, istituzioni etc. per identificare qualsiasi situazione di discriminazione *de facto* ed eliminarla<sup>86</sup>.

Infine l'art. 15 dell'ICESCR tutela il *diritto alla cultura*:

"The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

- (a) To take part in cultural life;
- (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;

---

<sup>83</sup> UN, Ginevra, 1977.

<sup>84</sup> UNESCO, 1960.

<sup>85</sup> UNESCO, *Convenzione contro la discriminazione in educazione*, art. 2: "When permitted in a State, the following situations shall not be deemed to constitute discrimination, within the meaning of article 1 of this Convention: (a) The establishment or maintenance of separate educational systems or institutions for pupils of the two sexes, if these systems or institutions offer equivalent access to education, provide a teaching staff with qualifications of the same standard as well as school premises and equipment of the same quality, and afford the opportunity to take the same or equivalent courses of study; (b) The establishment or maintenance, for religious or linguistic reasons, of separate educational systems or institutions offering an education which is in keeping with the wishes of the pupil's parents or legal guardians, if participation in such systems or attendance at such institutions is optional and if the education provided conforms to such standards as may be laid down or approved by the competent authorities, in particular for education of the same level; (c) The establishment or maintenance of private educational institutions, if the object of the institutions is not to secure the exclusion of any group but to provide educational facilities in addition to those provided by the public authorities, if the institutions are conducted in accordance with that object, and if the education provided conforms with such standards as may be laid down or approved by the competent authorities, in particular for education of the same level."

<sup>86</sup> CDESCR, *General Comment* n. 13, del 08/12/1999, parr. 31-37.

(c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”<sup>87</sup>

Per comprendere il significato effettivo di questo articolo è necessario rifarsi alle *Guidelines on treaty-specific documents to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*<sup>88</sup>, dove si specifica, affermando i diritti collettivi corrispondenti<sup>89</sup>, che: in primo luogo, gli Stati dovranno indicare nei rapporti al Comitato, le misure adottate per proteggere la diversità culturale e per creare le condizioni favorevoli affinché le minoranze etniche, religiose e linguistiche possano conservare, diffondere ed esprimere la propria identità, storia, cultura, lingua tradizioni e costumi<sup>90</sup>; in secondo luogo, che gli Stati dovranno adottare le misure necessarie per assicurare la tutela effettiva degli interessi morali e materiali dei popoli indigeni in relazione al loro patrimonio culturale e conoscenze tradizionali<sup>91</sup>.

Il CESCO si è così espresso per esempio nelle osservazioni conclusive sul Paraguay nel 2008, identificando il diritto alle terre ancestrali come condizione essenziale per l'espressione dell'identità culturale e la sopravvivenza dei popoli indigeni:

“The Committee recommends that the State party give due consideration in its land restitution programme to the right of indigenous peoples to their ancestral lands, which are essential to the expression of their cultural identity and to their very survival.”<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> ICESCO, art.15.1.

<sup>88</sup> CESCO, *Guidelines on treaty-specific documents to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/C.12/2008/2 del 24/03/2009, approvate dall'ESC Committee il 18 novembre 2008 sulla base delle direttrici contenute nel documento HRI/GEN/2/Rev.5.

<sup>89</sup> Da notare che l'art.15 è formulato come diritto individuale.

<sup>90</sup> *Ibidem*, par. 68.

<sup>91</sup> *Ibidem*, par. 71.

<sup>92</sup> CESCO, *Concluding observations*, Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 4 gennaio 2008, par. 34.

### **3. Le raccomandazioni e le osservazioni del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale: la garanzia dell'autodeterminazione e del diritto alla terra per la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni**

Il testo della ICEARD<sup>93</sup> riconosce per lo più diritti individuali ed è incentrato sull'eliminazione della discriminazione, non tanto sul positivo riconoscimento della diversità. Nonostante non vi siano nella ICEARD riferimenti specifici ai diritti dei popoli indigeni, il *Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale* (da ora CERD o Comitato) ha sviluppato una serie di raccomandazioni inerenti alle problematiche specifiche di questi gruppi<sup>94</sup>.

Il CERD ha tre funzioni principali: esaminare i rapporti periodici degli Stati, analizzare le comunicazioni degli individui e dei gruppi oggetto di discriminazione e valutare le denunce da parte degli Stati stessi nei confronti di altri Stati<sup>95</sup>.

Il Comitato produce anche delle *General Recommendations* relative a differenti tematiche: in particolare la *General Recommendation* N. 23 del 18/08/1997 è dedicata ai popoli indigeni.

Alla questione indigena viene rivolta un'attenzione particolare, dato che in molte regioni del mondo questi popoli sono stati e sono discriminati, privati delle garanzie dei diritti umani fondamentali, usurpati delle proprie terre e risorse in seguito all'avanzare degli imperi coloniali e che a causa di ciò la loro cultura e identità storica sono state e sono tutt'ora compromesse<sup>96</sup>.

La ICEARD tutela, tra i diritti civili, il diritto di proprietà in questi termini "The right to own property alone as well as in association with others"<sup>97</sup>, di conseguenza nella *General Recommendation* sui popoli indigeni il CERD afferma il diritto alla terra in termini collettivi:

---

<sup>93</sup> Adottata dall'Assemblea Generale il 21 dicembre del 1965, Ris 2106 (XX).

<sup>94</sup> Per un'analisi approfondita vedere THORNBERRY, *The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous People and Caste/Descent-based Discrimination*, in CASTELLINO e WALSH (a cura di), *International Law and Indigenous People*, Leiden, p. 17 ss.

<sup>95</sup> ICEARD, artt. 11-14, applicabili solo se lo Stato Parte riconosce la competenza del CERD.

<sup>96</sup> CERD, *General Recommendation* N. 23, par. 3.

<sup>97</sup> ICEARD, art. 5, (c), (v).



“The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to restitution should be substituted by the right to just, fair and prompt compensation. Such compensation should as far as possible take the form of lands and territories.”<sup>98</sup>

Il CERD nei commenti ai rapporti degli Stati ha spesso richiesto alle Parti di provvedere in maniera incisiva a riparare alle violazioni degli articoli contenuti nella ICEARD nei confronti di gruppi indigeni e ha spesso evidenziato come causa delle discriminazioni dei popoli indigeni la privazione delle loro terre<sup>99</sup>. Per esempio raccomanda al Costa Rica di restituire le terre occupate da persone non indigene<sup>100</sup>:

The Committee is concerned at the situation of indigenous people, in particularly:

- (a) Information according to which indigenous people living in remote regions suffer, inter alia, from lack of health care, education, drinking water and electricity;
- (b) Problems of ownership of land; that land has reportedly been appropriated by migrants and transnational enterprises;
- (c) Difficulties faced by indigenous people in obtaining public funds for the improvement of their living standards;
- (d) The fact that infant mortality among indigenous communities is reportedly three times higher than the national average.

The Committee invites the State party to continue to pay due attention to the specific needs of this population. It recommends that the State party undertake the necessary measures to protect indigenous lands from being invaded and to enable the restitution of those lands that have been occupied by non-indigenous persons.”<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> CERD, *General Recommendation* N. 23, par. 5.

<sup>99</sup> CHARTERS, *Global International Instruments and Institutions*, in LENZERINI, *Reparations*, op. cit. p. 182.

<sup>100</sup> CERD, *Concluding Observations: Costa Rica*, CERD/C/60/CO/3, 20 marzo 2002.

<sup>101</sup> *Ibidem*, par. 11.

Anche per quanto riguarda il Messico ha raccomandato di attivare il processo di delimitazione delle terre<sup>102</sup>:

“The Committee recommends that the State party should find just and equitable solutions to land delimitation, distribution and restitution problems. Everything possible should be done to protect indigenous inhabitants from all forms of discrimination in such matters.”<sup>103</sup>

Il Comitato affronta in modo specifico il tema dell'autodeterminazione nella *General Recommendation* n. 21 del 23/08/96, distinguendo tra autodeterminazione “interna” ed “esterna”. Nella dimensione interna l'autodeterminazione è intesa come il diritto dei popoli a ricercare il proprio sviluppo economico, sociale e culturale senza interventi esterni. Questo concetto si ricollega al diritto di ogni cittadino a prendere parte agli affari pubblici dello Stato, come previsto nell'art. 5 della ICEARD.

L'*autodeterminazione esterna* implica che tutti i popoli hanno il diritto di determinare liberamente il proprio *status* politico e la loro posizione nella comunità internazionale; un esempio può essere rappresentato dalla liberazione dei popoli dal colonialismo e dalla proibizione di sottomissione e sfruttamento<sup>104</sup>.

In particolare il Comitato collega l'autodeterminazione al rispetto dei diritti umani:

“In order to respect fully the rights of all peoples within a State, Governments are again called upon to adhere to and implement fully the international human rights instruments and in particular the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Concern for the protection of individual rights without discrimination on racial, ethnic, tribal, religious or other grounds must guide the policies of Governments. In accordance with article 2 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and other relevant international documents, Governments should be sensitive towards the rights of persons belonging to ethnic groups, particularly their right to lead lives of dignity, to preserve their culture, to share equitably in the fruits of national growth and to play their part in the Government of the country of which they are citizens. Also,

---

<sup>102</sup> CERD, *Concluding Observations: Messico*, CERD/C/304/Add.30, 11 dicembre 1997.

<sup>103</sup> *Ibidem*, par. 27.

<sup>104</sup> *General Comment* N. 21, del 23/08/96, par. 4.

Governments should consider, within their respective constitutional frameworks, vesting persons belonging to ethnic or linguistic groups comprised of their citizens, where appropriate, with the right to engage in activities which are particularly relevant to the preservation of the identity of such persons or groups.”<sup>105</sup>.

Il CERD ha chiaramente sottolineato l'importanza di proteggere la cultura, la storia, la lingua e lo stile di vita dei popoli indigeni; di assicurare l'uguaglianza e la libertà dei membri di questi popoli; di creare le condizioni affinché possano svilupparsi economicamente in maniera compatibile con le caratteristiche della propria tradizione; di assicurarsi che possano partecipare alla vita pubblica e prendere parte alle decisioni che riguardano i loro interessi e diritti; di garantire che le comunità indigene possano praticare e mantenere i propri usi, costumi e idiomi originari<sup>106</sup>.

E in varie occasioni il Comitato ha raccomandato agli Stati di garantire ai popoli indigeni i diritti politici, economici e culturali:

“The Committee hopes that the State party will continue its efforts to improve the effectiveness of measures and programmes designed to ensure that members of all population groups, especially the 56 indigenous groups, fully enjoy their political, economic, social and cultural rights. The Committee also recommends that the State party should devote due attention to the legislative changes required as well as to the development of programmes to foster awareness of human rights, particularly among representatives of the State.”<sup>107</sup>.

Il CERD in maniera esplicita ha collegato la salvaguardia dei diritti umani degli individui indigeni alla tutela della terra e dell'ambiente in cui vivono. Per esempio nel caso del Suriname, il Comitato ha sottolineato gli effetti deleteri sui gruppi indigeni legati allo sfruttamento delle risorse minerali nelle aree dove vivono:

“The Committee notes with concern complaints by indigenous and tribal peoples in the interior about the deleterious effects of natural-resource exploitation on their environment, health and culture. It regrets that the State party does not seem to have attached the highest priority to dealing with the problem of mercury contamination in

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, par. 5.

<sup>106</sup> CERD, *General Recommendation* n. 23, cit., par. 4.

<sup>107</sup> *Ibidem*, par. 20.

parts of the interior. The Committee wishes to point out that development objectives are no justification for encroachments on human rights, and that along with the right to exploit natural resources there are specific, concomitant obligations towards the local population; it recommends adoption by the State party of a legislative framework that clearly sets forth the broad principles governing the exploitation of the land, including the obligation to abide by strict environmental standards. It recommends the State party to set up an independent body to conduct environmental impact surveys before any operating licenses are issued, and to conduct health and safety checks on small-scale and industrial gold-mining.”<sup>108</sup>.

In relazione ai diritti alla terra in Australia, in seguito al caso *Mabo v. Queensland* e all’adozione del *Native Title Act* del 1998, il CERD ha riconosciuto quest’ultimo come discriminatorio, dato che non attribuisce lo stesso valore ai diritti di proprietà dei popoli indigeni rispetto a quelli acquisiti secondo le leggi nazionali<sup>109</sup>. Nel 2000 il Comitato raccomanda all’Australia: “reiterates its recommendation that the State party should ensure effective participation by indigenous communities in decisions affecting their land rights, as required under article 5 (c) of the Convention and General Recommendation XXIII of the Committee, which stresses the importance of securing the “informed consent” of indigenous people”<sup>110</sup>. Il Comitato sottolinea inoltre la necessità di promuovere delle politiche per riconoscere i diritti degli indigeni che possano riparare le ingiustizie del passato:

“The Committee acknowledges the efforts being made to increase spending on health, housing, employment and education programmes for indigenous Australians. Serious concern remains at the extent of the continuing discrimination faced by indigenous Australians in the enjoyment of their economic, social and cultural rights. The Committee remains seriously concerned about the extent of the dramatic inequality still experienced by an indigenous population that represents only 2.1 per cent of the total population of a highly developed industrialized State. The Committee

---

<sup>108</sup> CERD, *Concluding Observations, Suriname*, CERD/C/64/CO/9, 28 aprile 2004, par. 15.

<sup>109</sup> Vedere *supra* cap. I. Cfr. TRIGGS, *Australia’s Indigenous Peoples and International Law: Validity of the Native Title Amendment Act 1998*, in *Melbourne University Law Review*, n. 23, 1999, pp. 372-415.

<sup>110</sup> CERD, *Concluding Observations, Australia*, CERD/C/304/Add.101, 19 aprile 2000, par. 9.

recommends that the State party ensure, within the shortest time possible, that sufficient resources are allocated to eradicate these disparities.”<sup>111</sup>.

Tra le recentissime raccomandazioni, il Comitato si esprime in modo esaustivo sulla situazione dei popoli indigeni in Guatemala e, ricollegandosi anche alla Convenzione OIL n. 169, sottolinea l'importanza della partecipazione effettiva dei popoli indigeni ai processi di decisione inerenti allo sfruttamento delle risorse naturali presenti sulle loro terre:

“Establish suitable procedures, in accordance with the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and OIL Convention No. 169, to effectively consult the communities that may be affected by development projects or the exploitation of natural resources with a view to obtaining their free, prior and informed consent. The Committee reminds the State party that the absence of implementing regulations for Convention No. 169 does not prevent it from conducting prior consultations. In the light of its general recommendation No. 23 (para. 4 (d)), the Committee recommends that the State party consult the indigenous population groups concerned at each stage of the process and that it obtain their consent before executing projects involving the extraction of natural resources.”<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> *Ibidem*, par. 18.

<sup>112</sup> CERD, *Concluding Observations, Guatemala*, CERD/C/GTM/CO/12-13, 19 maggio 2010, par. 11. Sul problema della terra dei popoli indigeni e la garanzia dei diritti umani, vedere anche CERD, *Concluding Observations, Venezuela*, CERD/C/VEN/CO/18, 27 marzo 2007, Par. 20: “While the Committee takes note of the State party’s efforts to demarcate indigenous lands, such as the promulgation of the Indigenous Peoples Habitat and Lands, Demarcation and Protection Act, it is concerned that the effective ownership and use of indigenous lands and resources continue to be threatened and restricted by repeated aggression from individuals and private groups against indigenous peoples, in order to move them from their land. In the light of general recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples, the Committee recommends that the State party take measures to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their lands, territories and resources. In this regard, the Committee invites the State party to provide information on the settlement of cases of conflicting interests relating to indigenous lands and resources, particularly those in which indigenous groups have been displaced from their lands.”; CERD, *Concluding Observations, Brasile*, CERD/C/64/CO/2, 28 aprile 2004, par.12: “While the Committee takes note of the State party’s objective to complete the demarcation of indigenous lands by 2007 and considers it an important step towards securing the rights of indigenous peoples, it remains concerned at the fact that effective possession and use of indigenous lands and resources continues to be threatened and restricted by recurrent acts of aggression against indigenous peoples. In the light of general recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples, the Committee recommends that the State party complete the demarcation of indigenous lands by 2007. Furthermore, the Committee recommends that the State party adopt urgent measures to recognize and protect, in practice, the right of indigenous peoples to own, develop, control and use their lands, territories and resources. In this connection, the Committee invites the State party to submit information on the outcome of cases of conflicting interests over indigenous lands and resources, particularly those where indigenous groups have been removed from their lands.”.

#### **4. La Convenzione sui Diritti del Fanciullo e le disposizioni a tutela dei soggetti indigeni nell'interpretazione del Comitato per i diritti del fanciullo**

Uno strumento universale di tutela dei diritti umani dove si ritrova un riferimento esplicito ai popoli indigeni è la *Convenzione sui Diritti del Fanciullo* (CRC)<sup>113</sup>: oltre a garantire i diritti contenuti a tutti gli individui minori di 18 anni, quindi anche agli indigeni, prevede una tutela particolare per questa categoria.

Questa protezione *ad hoc* si sviluppa in tre disposizioni: art. 17, d), inerente al ruolo dei mezzi di comunicazione<sup>114</sup>; art. 29, d), riguardante l'istruzione<sup>115</sup>; art. 30, che regola il diritto alla cultura, alla religione, all'utilizzo della propria lingua<sup>116</sup>. Se tali norme tutelano espressamente l'identità indigena, molte problematiche connesse sono affrontate indirettamente nell'intero documento, a partire dal preambolo:

“Taking due account of the importance of the traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the child”<sup>117</sup>.

Le osservazioni del *Comitato per i diritti del fanciullo* (da ora Comitato)<sup>118</sup> offrono numerosi spunti di riflessione: vi sono casi in cui il concetto di “interesse superiore del bambino”, principio ispiratore della CRC, coincide con la visione delle comunità indigene; al contrario vi sono situazioni in cui i gruppi indigeni non concepiscono la nozione di bambino come “soggetto di diritto”. Il Comitato ha generalmente affermato l'orientamento per cui: “It must be accepted that cultural considerations will have to yield whenever a

---

<sup>113</sup> Adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre del 1989 a New York.

<sup>114</sup> CRC, art. 17, d): “Encourage the mass media to have particular regard to the linguistic needs of the child who belongs to a minority group or who is indigenous”.

<sup>115</sup> CRC, art. 29, d): “The preparation of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin”.

<sup>116</sup> CRC, art. 30: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language”.

<sup>117</sup> CRC, Preambolo, 12 considerando.

<sup>118</sup> Il Comitato per i diritti del fanciullo è composto da 10 esperti indipendenti nominato dagli Stati Parti, art. 50 CRC. Il Comitato analizza i report degli Stati Parti (art. 44) ed elabora raccomandazioni specifiche per ogni Stato; produce Commenti Generali con indicazioni relative ai differenti articoli contenuti nella Convenzione.

clear conflict with human rights norms becomes apparent”<sup>119</sup>, lasciando comunque sempre aperto un margine di dialogo con le comunità coinvolte.

Il Comitato si è espresso specificatamente in relazione ai diritti da garantire agli indigeni minorenni nel *General Comment* N. 11 del 2009, “*Indigenous children and their rights under the Convention*”. Nella parte introduttiva di questo documento il Comitato sottolinea che ha già preso in considerazione questioni inerenti alle popolazioni indigene in numerose osservazioni ai rapporti degli Stati e che, nonostante si siano verificati rilevanti miglioramenti nella tutela dei diritti dei bambini appartenenti a questi gruppi, ancora in molti Paesi gli stessi sono vittime di situazioni discriminatorie contrarie all’art. 2 della CRC in differenti settori (come nell’accesso ai servizi medico-sanitari e all’istruzione), motivo per cui viene redatto un commento dettagliato a riguardo.

L’obiettivo fondamentale del *General Comment* N. 11 è stabilire delle linee guida per la garanzia dei diritti dei minori indigeni sulla base delle raccomandazioni anteriormente prodotte dallo stesso Comitato in relazione a situazioni peculiari e delle indicazioni seguite ai lavori della seconda sessione del *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues* del 2003<sup>120</sup>, dedicata appunto alle questioni relative ai minori di età appartenenti a gruppi indigeni, confluite nel “Day of General Discussion on the rights of the Child” dello stesso anno, rivolto alle medesime problematiche.

Il Comitato si propone, da un lato, di esaminare le condizioni che impediscono ai bambini indigeni il pieno godimento dei propri diritti e, dall’altro, di evidenziare le buone pratiche e le misure specifiche che gli Stati devono adottare per garantire l’effettivo esercizio di tali diritti. Oltre agli articoli rivolti a questo gruppo particolare, vengono presi in considerazione diversi principi contenuti nella CRC che indirettamente lo coinvolgono: non discriminazione, interesse superiore del bambino, diritto alla vita e allo sviluppo, diritto ad essere ascoltati<sup>121</sup>.

L’art. 30 della CRC è strettamente vincolato all’art. 27 del ICCPR. Entrambi, infatti, prevedono per l’individuo il diritto a mantenere la propria cultura, professare la propria

---

<sup>119</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 241.

<sup>120</sup> UNICEF INNOCENTI RESEARCH CENTRE, Digest N. 11, *Ensuring the Rights of Indigenous Children*, Siena, 2003, p. 7. Tra le principali raccomandazioni del *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues* relazione ai minori di età indigeni: la lotta contro il traffico e lo sfruttamento sessuale e l’attuazione di programmi di riabilitazione; l’attuazione di programmi per promuovere la cultura e l’educazione; la promozione di strategie nel campo della salute per evitare la malnutrizione e per l’utilizzo della medicina tradizionale; l’introduzione delle lingue indigene nelle pubbliche amministrazioni.

<sup>121</sup> COMITATO CRC, *General Comment* n. 11, CRC/C/GC/11, del 12 febbraio 2009, parr. 12-14.

religione e a utilizzare la propria lingua all'interno di una comunità. L'art. 30, formulato in termini individuali, in realtà si esercita come diritto collettivo ed è un importante riconoscimento delle tradizioni e dei valori collettivi nelle culture indigene. Inoltre, ai fini della garanzia dell'art. 30, il Comitato stabilisce un'importante relazione con il diritto al territorio e all'utilizzo tradizionale delle risorse naturali:

“The Committee notes that the right to exercise cultural rights among indigenous peoples may be closely associated with the use of traditional territory and the use of its resources.”<sup>122</sup>

Il Comitato si ricollega a quanto espresso dal CCPR nel *General Comment* N. 23 e afferma l'importanza che gli Stati adottino misure positive per garantire i diritti delle persone indigene, non solo attraverso politiche istituzionali volte alla tutela e alla promozione di questi diritti, ma anche contrastando atti di persone che all'interno dello Stato agiscono violando gli stessi.<sup>123</sup>

Il criterio condiviso dal Comitato per definire delle popolazioni indigene è quello dell'autoidentificazione, come previsto dalla Convenzione OIL n. 169, art. 1(2), e non viene richiesto che i popoli indigeni siano riconosciuti formalmente dallo Stato di appartenenza per poter esercitare i propri diritti.<sup>124</sup>

Con riferimento anche agli articoli 2, 6 e 27 della Convenzione OIL n.169, viene ritenuto fondamentale il processo di consultazione e dialogo con le comunità in relazione alle riforme legislative e alle strategie di promozione e protezione dei diritti che riguardino gli individui minori indigeni.

Il limite posto dall'art. 30 della CRC è che le pratiche tradizionali riconosciute non devono violare il resto dei diritti stabiliti dalla Convenzione e dagli altri strumenti di diritti umani internazionalmente riconosciuti.

Il primo principio che il Comitato riferisce alla situazione dei minori di età indigeni è il principio di *non discriminazione*, il quale deve essere garantito e applicato dagli Stati Parti

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, par. 16, cfr. CCPR, *General Comment* No. 23 on Article 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, parr. 3.2, 7 e *Recommendations of CRC Day of General Discussion on the Rights of Indigenous Children*, 2003 par. 4.

<sup>123</sup> *Ibidem*, par. 18.

<sup>124</sup> *Ibidem*, par. 19.



attraverso la legislazione nazionale e tutelato con il sistema giudiziario e amministrativo: i rimedi previsti, in caso di violazione, dovranno essere effettivi, tempestivi e accessibili<sup>125</sup>.

Sulla base delle relazioni presentate dai singoli Stati, il Comitato nota che i bambini indigeni sono soggetti a discriminazione in relazione alla possibilità di usufruire in maniera culturalmente appropriata dei servizi medico-sanitari, educativi, di ricreazione, sociali e di giustizia minorile. Gli Stati parti dovranno adottare misure positive per eliminare queste differenze anche attraverso campagne di sensibilizzazione, diffusione di materiale informativo volto ad eliminare atteggiamenti e pratiche discriminatorie e razziste sul territorio nazionale. Inoltre dovranno informare il Comitato delle misure adottate e dei progressi ottenuti nelle relazioni periodiche<sup>126</sup>.

Il secondo principio preso in considerazione nel *General Comment* N.11 è *l'interesse superiore del minore*. Il Comitato sottolinea come spesso, in relazione alle questioni indigene, la situazione dei minori sia stata trascurata e oscurata da altre problematiche, come il diritto al territorio e alla rappresentanza politica di questi gruppi<sup>127</sup>. Di notevole rilevanza è che, nel caso dei minori di età, *l'interesse superiore* dell'individuo deve avere la precedenza sull'interesse della collettività. Ciò non toglie che nel caso di soggetti indigeni l'interesse superiore debba essere considerato sulla base dei principi collettivi di queste popolazioni: i diritti culturali collettivi del bambino sono parte determinante dell'interesse superiore dello stesso soggetto. A tale scopo, gli Stati parti dovranno adottare misure specifiche e legate alle circostanze peculiari delle popolazioni presenti sul territorio: le comunità indigene, attraverso i loro rappresentanti e i loro minori di età, dovrebbero prendere parte nel processo di formazione delle misure legislative e amministrative che riguardano l'interesse superiore del bambino<sup>128</sup>.

Il terzo principio preso in considerazione nel *General Comment* n. 11 è il *diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo* (art. 6 CRC), dato che numerosi bambini indigeni vivono in uno stato di estrema povertà. Il Comitato suggerisce che gli Stati parti dovrebbero assistere i genitori e gli altri responsabili dei bambini indigeni (in particolare per quanto riguarda l'alimentazione, la salute e l'educazione) con materiali e programmi di assistenza culturalmente appropriati, attraverso una collaborazione con i rappresentanti

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, par. 23.

<sup>126</sup> *Ibidem*, par. 28.

<sup>127</sup> *Ibidem*, par. 30.

<sup>128</sup> *Ibidem*, par. 31.

delle popolazioni indigene coinvolte<sup>129</sup>. Nuovamente il Comitato ribadisce l'importanza del rispetto degli stili tradizionali di vita dei questi popoli e dell'utilizzo dei territori tradizionali come elemento fondamentale per garantire ai minori uno sviluppo armonioso e la prosecuzione delle differenti culture cui appartengono<sup>130</sup>. Il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo è strettamente connesso alla questione delle terre, alla possibilità di vivere in un ambiente sano e di poterne utilizzare le risorse per garantire una buona qualità di vita. Nei casi in cui le famiglie indigene vengono trasferite forzatamente, i bambini si scontrano con l'emarginazione economica, sociale e culturale oltre che con una perdita di riferimenti per la crescita<sup>131</sup>.

L'ultimo principio generale analizzato dal Comitato con specifico riferimento ai minori indigeni è contenuto nell'art. 12 della CRC: "Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità". Nel *General Comment* n. 11 si afferma l'importanza del rispetto delle opinioni dei singoli individui e della partecipazione degli indigeni minori di 18 anni nei processi di consultazione relativi a questioni che li riguardano, per cui gli Stati parti dovranno attuare delle strategie mirate per rendere effettivo il contributo di questi gruppi<sup>132</sup>.

A seguire il documento contiene una rassegna dei differenti articoli della CRC, unitamente a delle raccomandazioni alle condizioni dei soggetti indigeni. I diritti civili e le libertà: accesso all'informazione, il diritto all'identità, alla famiglia, alla salute e all'educazione; misure di protezione per situazioni specifiche.

Il Comitato conclude il *General Comment* affermando che gli Stati parti dovranno impegnarsi a garantire i diritti contenuti nella CRC sulla base di ulteriori strumenti internazionali riguardanti i popoli indigeni:

"the Committee urges States parties to adopt a rights-based approach to indigenous children based on the Convention and other relevant international standards, such as OIL Convention No.169 and the United Nations Declaration on the Rights of

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, par. 34.

<sup>130</sup> *Ibidem*, par. 35, cfr. UNICEF, INNOCENTI Digest n. 11, *Ensuring the Rights of Indigenous Children*, 2004, p.8.

<sup>131</sup> UNICEF, INNOCENTI, Digest n. 11, op. cit. p. 9.

<sup>132</sup> *Ibidem*, par. 39.

Indigenous Peoples. In order to guarantee effective monitoring of the implementation of the rights of indigenous children, States parties are urged to strengthen direct cooperation with indigenous communities”<sup>133</sup>.

A seguito dei rapporti degli Stati parti, il Comitato ha espresso raccomandazioni sulle questioni relative ai minori di età indigeni: in Australia per quanto riguarda la condizione della salute e dell’istruzione<sup>134</sup>; in Bangladesh il divieto di discriminazione<sup>135</sup>; in Burundi in relazione alla situazione dei bambini Batwa e alla mancanza del rispetto della maggior parte dei diritti sanciti dalla CRC<sup>136</sup>; in Cile<sup>137</sup> e in India<sup>138</sup> per la difficoltà di accesso all’istruzione; in Giappone per la non introduzione nel sistema normativo nazionale dei principi di non discriminazione, interesse superiore, rispetto dell’opinione del minore di età, con una particolare disattenzione alle minoranze etniche come gli Ainu<sup>139</sup>; in Venezuela per il mancato rispetto del diritto all’identità e una carenza nel sistema di registrazione delle nascite soprattutto nelle zone in cui vivono popolazioni indigene<sup>140</sup>.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, par. 82.

<sup>134</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Australia*, CRC/C/15/Add.79, del 10/10/97.

<sup>135</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Bangladesh*, CRC/C/15/Add.74, del 18/06/97.

<sup>136</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Burundi*, CRC/C/15/Add.133, del 16/10/2000.

<sup>137</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Cile*, CRC/C/15/Add.173, del 3/04/2002.

<sup>138</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: India*, CRC/C/15/Add.115, del 23/02/2000.

<sup>139</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Japan*, CRC/C/15/Add.90, del 05/06/2000.

<sup>140</sup> COMITATO CRC, *Concluding Observations: Venezuela*, CRC/C/15/Add.109, del 02/11/1999.

### III CAPITOLO

## SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI E POPOLI INDIGENI

SOMMARIO: 1. Il contributo del sistema europeo dei diritti umani alla tutela dei diritti dei popoli indigeni. - 2. La difficile protezione dei popoli indigeni attraverso il sistema africano dei diritti umani. - 2.1. Il caso *SERAC v. Nigeria*: la violazione del *diritto alla terra*, all'ambiente, alla salute e alla vita del popolo degli Ogoni. 3. I popoli indigeni nel sistema interamericano dei diritti umani. - 3.1. La Commissione interamericana per i diritti dell'uomo e la tutela dei popoli indigeni. - 3.2. La giurisprudenza "evolutiva" della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo. - 3.2.1. Il caso *Aloeboetoe et al. v. Suriname*. - 3.2.2. Il caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*: il riconoscimento del *diritto alla terra* ai popoli indigeni. - 3.2.3. Il caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. - 3.2.4. Il caso *Comunidad Moiwana v. Suriname*. - 3.2.5. Il caso *YATAMA v. Nicaragua*. - 3.2.6. Il caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. - 3.2.7. Il caso *Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay*. - 4. Osservazioni conclusive.

### 1. Il contributo del sistema europeo dei diritti umani alla tutela dei diritti dei popoli indigeni

Nel sistema europeo di tutela dei diritti umani, i due strumenti di riferimento per quanto riguarda questioni connesse ai popoli indigeni sono la *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU)<sup>1</sup>, e la *Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali* (FCNM).

Secondo Eide, per ciò che concerne i diritti dei popoli indigeni si può parlare di un'influenza "America-centrica", mentre per quanto riguarda i diritti delle minoranze nazionali, il sistema si è sviluppato in maniera "Eurocentrica"<sup>2</sup>.

La CEDU non prevede diritti specifici per i popoli indigeni, ma la giurisprudenza della Corte Europea rappresenta comunque un ricchissimo contributo per la trattazione di

---

<sup>1</sup> *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Roma, 4 novembre 1950.

<sup>2</sup> ECOSOC, EIDE & DAES, *Workingpaper on the relationship and distinction between the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/2000/10, del 19 luglio 2000, par. 25: "It has been argued that the approach to the drafting of *minority rights* has been influenced mainly by European experience and that it therefore is profoundly Eurocentric, whereas the drafting of *indigenous rights* has been influenced mainly by developments in the Americas and in the Pacific region (the "blue water doctrine" The "blue water doctrine" hold that the indigenous are those people beyond Europe who lived in the territory before European colonization and settlement, and who now form a non-dominant and culturally separate group in the territories settled primarily by Europeans and their descendants.), and therefore is America-centric."

problematiche connesse alle questioni indigene. Le massime pronunciate dalla più antica Corte dei diritti dell’Uomo -in relazione alle questioni etniche<sup>3</sup>, all’autodeterminazione, non discriminazione, identità, lingua, educazione, religione, proprietà- rappresentano un patrimonio di riferimento da cui le altre Corti dei diritti umani hanno attinto per esaminare casi riguardanti i popoli indigeni<sup>4</sup>.

Nonostante ciò, secondo alcuni autori la CEDU è, tra gli strumenti internazionali regionali e universali, il meno avanzato nel campo della tutela dei diritti dei popoli indigeni<sup>5</sup>.

Come si è visto, la protezione delle minoranze è dominata dal principio di non discriminazione e da diritti formulati in maniera individuale; in altri termini, il sistema universale dei diritti umani, sulla base di un principio generale di non discriminazione, è stato adattato per tutelare i diritti delle minoranze<sup>6</sup>.

La FCNM (da ora anche Convenzione) è nel sistema europeo il primo strumento legalmente vincolante volto alla protezione delle minoranze in generale. Lo scopo principale di questo trattato è stabilire le misure che gli Stati dovranno adottare e rispettare per garantire la tutela dei gruppi di minoranze nazionali<sup>7</sup>.

Nella Convenzione non viene data una definizione di “minoranza”, perché risulta impossibile formulare una terminologia che non rischi di escludere alcuni gruppi minoritari presenti nei differenti Stati parti<sup>8</sup>.

I principi stabiliti dalla Convenzione dovranno essere attuati attraverso le legislazioni nazionali degli Stati e attraverso politiche governative. L’art. 3 (2) non implica il riconoscimento di diritti collettivi, ma diritti individuali in capo persone appartenenti a minoranze nazionali, andando in tal modo a tutelare anche i diritti dell’intera comunità<sup>9</sup>:

---

<sup>3</sup> Per una trattazione della giurisprudenza correlata vedere THORNBERRY, *Indigenous Peoples*, op. cit., p. 291 ss. e *infra* III Parte.

<sup>4</sup> Vedere *infra*.

<sup>5</sup> THORNBERRY, *Indigenous Peoples*, op.cit., p. 317.

<sup>6</sup> ERRICO & HOCKING, *Reparations for Indigenous Peoples in Europe: The Case of the Sámi People*, in LENZERINI, *Reparations*, op. cit., p. 367.

<sup>7</sup> *Framework Convention for the protection of National Minorities and Explanatory Report*, Strasburgo, 1995, par.10.

<sup>8</sup> Per un approfondimento sulla tutela delle minoranze vedere anche: SACERDOTI, *Le minoranze nel diritto internazionale attuale. Diritti umani, etnie, minoranze*, Milano, 1992; BARTOLE, OLIVETTI, RASON, PEGORARO, a cura di, *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998; THORNBERRY, *International Law and Rights of Minorities*, Oxford, 1992; TRIFUNOVSKA, *Minority Rights in Europe: European Minority and Language*, Haya, 2001; RODLEY, *Conceptual problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments*, in *Human Rights Quarterly*, n. 17 del 1995, pp. 48-71; MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997.

<sup>9</sup> *Ibidem*, par. 13.

“Ogni persona appartenente ad una minoranza nazionale ha il diritto di scegliere liberamente di essere trattata o di non essere trattata come tale e nessun svantaggio deve risultare da questa scelta o dall’esercizio dei diritti che ad essa sono legati.”<sup>10</sup>

Nella Convenzione - art. 3 (1) - viene specificata l’espressione “persona appartenente”: ogni individuo potrà decidere se rientrare nel sistema di protezione della Convenzione quale membro di una minoranza, ma non arbitrariamente, poiché la scelta individuale sarà vincolata ai criteri oggettivamente rilevanti inerenti all’identità della persona in questione<sup>11</sup>.

L’intero trattato è diviso in cinque parti, oltre il Preambolo: la parte I contiene principi generali sulla base dei quali devono essere interpretati i successivi articoli del documento; la parte II prevede articoli specifici per la tutela degli individui appartenenti a minoranze; la parte III enuncia le differenti misure relative all’interpretazione e all’applicazione della Convenzione-quadro; la parte IV regola i sistemi di monitoraggio della protezione dei diritti contenuti nella Convenzione; la parte V contiene le clausole finali e gli accordi stabiliti in seno al Consiglio d’Europa<sup>12</sup>.

Nella Convenzione vengono regolate alcune questioni di rilevanza anche per i popoli indigeni. In particolare all’art. 5(1) si afferma il diritto delle persone appartenenti a minoranze di mantenere e sviluppare la propria cultura:

“Le Parti si impegnano a promuovere le condizioni adatte a permettere alle persone appartenenti a minoranze nazionali di conservare e sviluppare la loro cultura, nonché di preservare gli elementi essenziali della loro identità, cioè la loro religione, la loro lingua, le loro tradizioni ed il loro patrimonio culturale.”.

Questa garanzia viene accompagnata da una condizione, come spiegato nell’*Explanatory Report*: le pratiche tradizionali non dovranno andare contro le norme nazionali e internazionali<sup>13</sup>. Questo limite generale viene ribadito al termine della Parte II, art. 19:

---

<sup>10</sup> FCNM, art. 3(2).

<sup>11</sup> CONSIGLIO D’EUROPA, *Framework Convention for the protection of National Minorities and Explanatory Report*, par. 34, 35.

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 14-19.

<sup>13</sup> *Ibidem*, par. 44: “The reference to “traditions” is not an endorsement or acceptance of practices which are contrary to national law or international standards. Traditional practices remain subject to limitations arising from the requirements of public order.”

“Le Parti si impegnano a rispettare ed a mettere in opera i principi contenuti nella presente Convenzione-quadro apportandovi, se necessario, le sole limitazioni, restrizioni o deroghe previste negli strumenti giuridici internazionali, specialmente nella Convenzione di salvaguardia dei Diritti dell’uomo e delle Libertà fondamentali ed i suoi Protocolli in quanto esse sono pertinenti per i diritti e libertà derivanti dai detti principi.”

L’art. 11 della Convenzione stabilisce il diritto di utilizzare i nomi nella lingua delle minoranze e l’obbligo per gli Stati parti di riconoscere e registrare legalmente tali nomi, anche se scritti con alfabeti fonetici differenti da quelli della lingua nazionale. Questa previsione si ricollega all’art. 7 della CRC e contribuisce a rispettare il diritto all’identità dell’individuo fin dalla nascita. In particolare rappresenta una tutela per quelle persone che si sono viste costrette a cambiare nome forzatamente a causa di regimi che adottavano politiche di assimilazione<sup>14</sup>: queste avranno il diritto di ristabilire il nome di origine<sup>15</sup>.

L’art. 10 garantisce il diritto per le persone appartenenti a minoranze di utilizzare il proprio idioma in pubblico liberamente. Inoltre nelle aree geografiche di insediamento di tali minoranze, qualora tali persone ne facciano richiesta e questa corrisponda a un reale bisogno, gli Stati parti dovranno assicurare, nella misura del possibile, le condizioni affinché queste persone possano utilizzare la propria lingua nei rapporti con le autorità amministrative<sup>16</sup>.

Gli Stati parti dovranno garantire il diritto degli individui appartenenti a una minoranza a essere informati sulle ragioni di un eventuale arresto, della natura e dalla causa delle accuse a essi rivolti in una lingua a loro comprensibile, inoltre dovranno potersi difendere in giudizio nella propria lingua<sup>17</sup>.

La Convenzione promuove un sistema educativo interculturale, suggerendo di includere nei programmi scolastici lo studio delle culture e delle storie delle minoranze nazionali presenti sul territorio. Gli Stati Parti dovranno impegnarsi a garantire l’uguaglianza di

---

<sup>14</sup> In numerosi Stati dell’America latina alle persone indigene non era permesso registrare il nome dei propri figli nell’idioma nativo.

<sup>15</sup> CONSIGLIO D’EUROPA, *Framework Convention for the protection of National Minorities and Explanatory Report*, cit., par. 68.

<sup>16</sup> FCNM, art. 10, par. 2.

<sup>17</sup> *Ibidem*, art. 10, par. 3.

opportunità nell'accesso all'istruzione a tutti i livelli per le persone appartenenti a minoranze nazionali<sup>18</sup>.

L'art. 17 della Convenzione affronta una tematica importante, ovvero la possibilità per le minoranze di uno Stato di mantenere la comunicazione e i contatti con persone appartenenti allo stesso gruppo residente sul territorio di un altro Stati:

“Le Parti si impegnano a non ostacolare il diritto delle persone appartenenti a minoranze nazionali di stabilire e mantenere, liberamente e pacificamente, dei contatti al di là delle frontiere con delle persone che si trovano regolarmente in altri Stati, specialmente quelle con le quali esse hanno in comune una identità etnica, culturale, linguistica o religiosa, o un patrimonio culturale.”<sup>19</sup>

Questo articolo viene letto nell'*Explanatory Report* in relazione all'art. 7<sup>20</sup> della Convenzione, il quale afferma la libertà di associazione ed espressione. A contemperare questi principi l'art. 20 stabilisce il dovere di rispettare la costituzione e la legislazione nazionale per le persone appartenenti a minoranze, evitando in questo modo di fomentare qualsiasi discorso secessionista o finalizzato all'autodeterminazione<sup>21</sup>. Così come nell'articolo successivo viene ribadito:

“Nessuna disposizione della presente Convenzione-quadro sarà interpretata come implicante per un individuo un qualunque diritto di darsi ad una attività o di realizzare un atto contrario ai principi del diritto internazionale e specialmente alla sovrana eguaglianza, all'integrità territoriale ed alla indipendenza politica degli Stati.”<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, art. 12, parr. 1 e 3.

<sup>19</sup> *Ibidem*, art. 17, par. 1.

<sup>20</sup> *Ibidem*, art. 7: “Le Parti si preoccuperanno di assicurare ad ogni persona appartenente ad una minoranza nazionale il rispetto dei diritti alla libertà di riunione pacifica ed alla libertà di associazione, alla libertà di espressione ed alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.” Secondo la *ratio* del Consiglio d'Europa nell'*Explanatory Report* par. 83, l'art. 17 “contains two undertakings important to the maintenance and development of the culture of persons belonging to a national minority and to the preservation of their identity (see also Article 5, paragraph 1). The first paragraph deals with the right to establish and maintain free and peaceful contacts across frontiers, whereas the second paragraph protects the right to participate in the activities of non-governmental organisations (see also in this connection, the provisions on freedom of assembly and of association in Article 7)”.

<sup>21</sup> Art. 20: “Nell'esercizio dei diritti e delle libertà derivanti dai principi enunciati nella presente Convenzione-quadro, le persone appartenenti a minoranze nazionali rispettano la legislazione nazionale ed i diritti altrui, in particolare quelli delle persone appartenenti alla maggioranza o alle altre minoranze nazionali.”

<sup>22</sup> *Ibidem*, art. 21.



Secondo Thornberry la FCNM è limitata a causa della scarsa efficacia dei meccanismi di attuazione, però contiene principi rilevanti per i popoli indigeni ed è uno strumento importante, in quanto legalmente vincolante, che la tutela della diversità culturale e i diritti delle minoranze etniche all'interno di uno Stato<sup>23</sup>.

In Europa l'esperienza più rilevante riguardante i popoli indigeni è legata alla vicenda del popolo Sámi.

I Sámi interpretano il diritto alla propria autodeterminazione come “autodeterminazione interna” e lo vincolano al diritto di poter esprimere la propria opinione nelle questioni che li riguardano. Un primo esempio di affermazione di questo popolo nel panorama internazionale è il *Lapp Codicil*, del 1751, quale base per ottenere il rispetto della nazione Sámi da parte degli Stati (il popolo, originariamente nomade, si divide tra, Norvegia-la maggior parte-, Svezia, Finlandia e Russia, per un totale di circa 75.000 individui)<sup>24</sup>. In questo documento si riconosceva la “pre-esistenza” del popolo Sámi, ma non gli si attribuiva la proprietà delle terre ancestrali. Fino alla metà del XIX secolo gli Stati scandinavi non si occuparono della questione della proprietà dei territori. I problemi ebbero origine solo tra il 1979 e il 1982, a seguito della costruzione di una centrale idroelettrica nella zona di Alta, in Norvegia, operazione realizzata senza una previa consultazione dei popoli indigeni residenti. I Sámi questionarono il diritto dello Stato di disporre di quei territori e delle risorse naturali e presentarono una denuncia di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ma il caso venne dichiarato inammissibile, nonostante la Commissione avesse cercato di sostenere che la tutela dello stile di vita di individui appartenenti a una minoranza rientrasse nell'ambito di protezione dell'art. 8 della CEDU (vita privata)<sup>25</sup>. I Sámi avevano insistito sul principio di autodeterminazione sostenendo di non essere mai stati coinvolti nella formazione degli Stati-Nazione dei territori in cui essi risiedevano, anzi di essere stati esclusi dalla vita democratica dei paesi di appartenenza con la forza, o per

---

<sup>23</sup> THORNBERRY, *Indigenous peoples*, op.cit., p.317.

<sup>24</sup> MEYER, *Transnational Autonomy: Responding to Historical Injustice in the Case of the Saami and Roma peoples*, in *International Journal on Minority Group Rights*, n.8 del 2001, p. 263-292.

<sup>25</sup> ERRICO & HOCKING, *Reparations*, op. cit. p. 373.

legge, o per effetto della discriminazione<sup>26</sup>.

Nel 2005 è stato presentato il progetto della cosiddetta “*Nordic Saami Convention*” (che dovrebbe sostituire il *Lapp Codicil*), elaborato dai rappresentanti dei governi di Svezia, Norvegia, Finlandia e del Parlamento Sámi. Il documento vuole stabilire i diritti dei Sámi partendo proprio dall'utilizzo storico delle terre da parte dei popoli indigeni, testimoniato nel *Lapp Codicil* del 1751. Questo strumento rappresenta l'intenzione da parte degli Stati di riparare alle ingiustizie del passato e alle storiche disuguaglianze perpetrate nei secoli nei confronti di questi popoli<sup>27</sup>. Nel settembre 2008 la Finlandia ha annunciato che, prima di adottare la *Nordic Saami Convention*, intende modificare la legislazione nazionale relativa ai diritti dei Sámi, suscitando le critiche dei rappresentanti dei Sámi e mobilitando Svezia e Norvegia. Non è chiaro se la decisione della Finlandia di dare la precedenza alla riforma della legislazione nazionale sia una strategia per rimandare l'adozione della *Nordic Saami Convention* e in particolar modo posticipare così la definizione delle questioni relative alle terre dei Sámi<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 374, cfr. DAES, *Some considerations on the right of Indigenous People to Self-Determination*, 1993.

<sup>27</sup> Per un approfondimento sul caso dei Sámi e delle vicende nei differenti Stati di appartenenza vedere ERRICO & HOCKING, *Reparations*, op. cit. p. 377 ss.

<sup>28</sup> WESSENDORF, a cura di, *Indigenous World 2009*, IWGIA, Copenhagen, 2009, p. 40. Vedere anche ÅHRÉN, SCHEININ & HENRIKSEN, *The nordic sami convention: International Human Rights, Self-Determination and other Central Provisions*, in *Gáldu Čála – Journal of indigenous Peoples Rights* n. 3, 2007. Nella *Nordic Saami Convention* infatti vengono riconosciuti ai Sámi (residenti in Norvegia, Finlandia e Svezia, cfr. art.4) sia il diritto di autodeterminazione, art. 3: “As a people, the Saami has the right of self-determination in accordance with the rules and provisions of international law and of this Convention. In so far as it follows from these rules and provisions, the Saami people has the right to determine its own economic, social and cultural development and to dispose, to their own benefit, over its own natural resources.”; sia il diritto alla terra, artt. 34-40, in particolare vedere art. 34: “Protracted traditional use of land or water areas constitutes the basis for individual or collective ownership right to these areas for the Saami in accordance with national or international norms concerning protracted usage. If the Saami, without being deemed to be the owners, occupy and have traditionally used certain land or water areas for reindeer husbandry, hunting, fishing or in other ways, they shall have the right to continue to occupy and use these areas to the same extent as before. If these areas are used by the Saami in association with other users, the exercise of their rights by the Saami and the other users shall be subject to due regard to each other and to the nature of the competing rights. Particular regard in this connection shall be paid to the interests of reindeer-herding Saami. The fact that the Saami use of these areas is limited to the right of continued use to the same extent as before shall not prevent the forms of use from being adapted as necessary to technical and economic developments. Assessment of whether traditional use exists pursuant to this provision shall be made on the basis of what constitutes traditional Saami use of land and water and bear in mind that Saami land and water usage often does not leave permanent traces in the environment. The provisions of this article shall not be construed as to imply any limitation in the right to restitution of property that the Saami might have under national or international law.”.

## 2. La difficile protezione dei popoli indigeni attraverso il sistema africano dei diritti umani

La *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*<sup>29</sup> (*Carta Africana* o *Carta*), secondo alcuni autori:

“(...) is a singular and complex amalgam of categories or generations of human rights, of ‘domains of discourse’, acclimatising basic principles to the African context”<sup>30</sup>.

La particolarità di questo documento consiste nel riconoscere sei diritti collettivi ai popoli: il diritto all'autodeterminazione, il diritto all'uguaglianza, il diritto a disporre liberamente delle proprie risorse naturali, il diritto allo sviluppo, il diritto alla pace e alla sicurezza, il diritto all'ambiente<sup>31</sup>.

Lo spirito della *Carta Africana* è chiaramente espresso nel Preambolo:

“Recognizing on the one hand, that fundamental human rights system from the attributes of human beings which justifies their national and international protection and on the other hand that the reality and respect of peoples rights should necessarily guarantee human rights”<sup>32</sup>;

“Conscious of their duty to achieve the total liberation of Africa, the peoples of which are still struggling for their dignity and genuine independence, and undertaking to eliminate colonialism, neo-colonialism, apartheid, zionism and to dismantle aggressive foreign military bases and all forms of discrimination, particularly those based on race, ethnic group, color, sex, language, religion or political opinions”<sup>33</sup>;

---

<sup>29</sup> *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, 27 giugno 1981.

<sup>30</sup> Vedere THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 247. Vedere anche EVANS-MURRAY, a cura di, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice*, 1986-2000, Cambridge, 2002; KUNIG, *Regional Protection of Human Rights by International law: the emerging African System*, Baden 1985; KABUNDA BADI, *Derechos Humanos en Africa. Teorías y Prácticas*, Bilbao 2000.

<sup>31</sup> *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, art. 19-24.

<sup>32</sup> *Ibidem*, Preambolo, V Considerando.

<sup>33</sup> *Ibidem*, Preambolo, VII Considerando.

Nel testo dell'*Carta Africana* non vi è una definizione di “peoples”, il che comporta che sarà compito della *Commissione africana dei diritti dell'uomo* (ACHPR)<sup>34</sup> interpretare questo termine. Tale organo ha applicato il concetto di “peoples” anche ai popoli indigeni, per esempio nel caso degli Ogoni della Nigeria<sup>35</sup>. Infatti, secondo l'art. 2 della *Carta Africana*, i diritti e le libertà sono riconosciuti nel documento: “without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status”<sup>36</sup>.

Nel sistema Africano “peoples” è stato utilizzato in maniera molto elastica:

“Given the context in which the Charter was written, it can be assumed that the Charter was designed to balance the individualism that had come to be associated with the western elaboration of human rights with the collective ideas of Africa anthropology. On this understanding, ‘people’ could simply be a way of referring to the nation-State. This, however, is hardly African. What must have been in the minds of drafters surely, were the tribal communities who are an essential element of African society. If the latter is true, then ‘peoples’ must be constructed as referring to identifiable ethnic communities which owe allegiance to a sovereign State”<sup>37</sup>.

In virtù di questa flessibilità nei termini di riferimento per ciò che riguarda la tutela dei diritti riconosciuti nella *Carta Africana*, sono sorte due problematiche: in primo luogo la

---

<sup>34</sup> Il meccanismo di salvaguardia della Carta Africana, definito negli artt. 30-63, è un sistema binario composto dalla ACHPR, con competenze tecniche, e dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'OUA, alla quale è attribuito il potere decisionale. La ACHPR è composta da undici membri che siedono a titolo personale e sono eletti dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo della OUA. Il mandato dura 6 anni ed è rinnovabile. La ACHPR ha tre funzioni principali: la promozione dei diritti dell'uomo e dei popoli in Africa; la loro protezione; l'interpretazione delle disposizioni della Carta Africana. Il ruolo consultivo della ACHPR nei confronti degli Stati africani si sviluppa in consigli e raccomandazioni per la progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali con le disposizioni della Carta Africana, oltre che con risoluzioni tematiche su argomenti specifici di particolare interesse. Cfr. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 313.

<sup>35</sup> Non sono chiare le condizioni di giustiziabilità dei diritti collettivi previsti nella Carta Africana, in particolare per il problema della definizione di “popolo”, che non viene affrontato nel testo, e che in un contesto come quello africano lascia incerta la posizione di popoli indigeni ed etnie, senza specificare quali soggetti possano effettivamente presentare delle comunicazioni per la violazione di questi diritti. Cfr. il caso *Katanga peoples v. Zaire*, comm. 75/92, in relazione al popolo Katanga e al diritto di autodeterminazione, la ACHPR dichiara, par. 6: “In the absence of concrete evidence of violations of human rights to the point that the territorial integrity of Zaire should be called to question and in the absence of evidence that the people of Katanga are denied the right to participate in government as guaranteed by Article 13(1) of the African Charter, the Commission holds the view that Katanga is obliged to exercise a variant of self-determination that is compatible with the sovereignty and territorial integrity of Zaire.”.

<sup>36</sup> *Carta Africana*, art. 2.

<sup>37</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 255.

difficoltà nell'individuazione dei "popoli indigeni" in un contesto come quello Africano<sup>38</sup> e, in secondo luogo, la difficile conciliazione tra il rispetto della diversità culturale, le pratiche tradizionali, e la garanzia di alcuni specifici diritti umani.

A queste due problematiche si aggiunge la difficoltà della "giustiziabilità" dei diritti collettivi in generale. Secondo l'art. 30 della Carta Africana spetta alla ACHPR il compito di promuovere e assicurare la protezione dei diritti dell'uomo e dei popoli. In particolare la questione controversa consiste nel definire i soggetti titolari dei diritti collettivi stabiliti nella Carta Africana. Secondo Zanghi: "suscita sicuramente qualche perplessità il fatto che, nell'ipotesi più probabile, il Governo di uno Stato contraente possa nello stesso tempo rappresentare il *popolo-popolazione di uno Stato* il cui diritto è stato pregiudicato e lo *Stato apparato* chiamato a rispondere del pregiudizio arrecato al diritto collettivo."<sup>39</sup>. Chi sono quindi i titolari di questi diritti? Da chi può essere presentata una comunicazione di fronte alla ACHPR per evitare tale incongruità? Forse da una organizzazione non governativa in rappresentanza della popolazione di quello stesso Stato a cui è imputata la violazione del diritto collettivo? Forse dai "popoli indigeni" presenti sul territorio nazionale di uno Stato?

La ACHPR, per risolvere alcuni di questi problemi, inerenti alle questioni indigene, istituisce un gruppo di esperti. Nel novembre del 2000 viene adottata, durante la 28ma Sessione, la *Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities*<sup>40</sup>, che prevede l'istituzione del *Working Group of Experts on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa* (WGIP Africa), con il seguente mandato:

- "a) Examine the concept of indigenous people and communities in Africa;
- b) Study the implications of the Carta Africana on Human Rights and well being of indigenous communities especially with regard to:
  - the right to equality (Articles 2 and 3);
  - the right to dignity (Article 5);
  - protection against domination (Article 19);
  - on self-determination (Article 20); and
  - the promotion of cultural development and identity (Article 22).

---

<sup>38</sup> Vedere le conclusioni della *First Conference of Indigenous Peoples from Central, Eastern and Southern Africa*, Arusha, Tanzania, gennaio 1999, in WGIP, *Indigenous Affairs* N. 2 del 1999.

<sup>39</sup> ZANGHI, *La protezione*, op. cit. p. 311.

<sup>40</sup> ACHPR, Res.51(XXVIII)00: *Resolution on the Rights of Indigenous Peoples' Communities in Africa*, Benin, 6/11/2000.

c) Consider appropriate recommendations for the monitoring and protection of the rights of indigenous communities”<sup>41</sup>

Il gruppo, composto da due membri della ACHPR e da due esperti nel campo dei diritti umani e in questioni indigene ha presentato nel 2003 un importante strumento di riferimento in materia di indigeni per la regione Africana, il *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (WGIP Report)*<sup>42</sup>. Il mandato del WGIP Africa è stato riformulato e ampliato negli anni successivi alla sua istituzione e attualmente prevede che il gruppo di esperti possa richiedere informazioni agli Stati parti sulla situazione delle violazioni dei diritti dei popoli indigeni presenti sul loro territorio; realizzare visite negli Stati per monitorare la situazione dei popoli indigeni; formulare raccomandazioni sulle misure da adottare per prevenire e rimediare alle violazioni dei diritti umani dei popoli indigeni; presentare la relazione del proprio operato alla ACHPR; cooperare con le istituzioni locali e internazionali per la tutela dei diritti umani<sup>43</sup>.

Il WGIP Africa, alla data, ha realizzato visite *in loco* in Nigeria, Namibia, Botswana, Congo, Burundi, Repubblica del Centro Africa e Uganda<sup>44</sup>. Inoltre il gruppo di esperti ha partecipato al dibattito internazionale relativo alla UNDRIP con la *Advisory Opinion on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*<sup>45</sup>.

Il primo problema che la ACHPR affronta nel WGIP Report è quali siano le caratteristiche distintive dei popoli indigeni in Africa e affermando che non esiste una definizione statica e universalmente accettata, elenca una serie di caratteristiche che si possono riscontrare. Innanzitutto i popoli indigeni in Africa sono normalmente esclusi dai sistemi economici e sono per lo più pastori, cacciatori e piccoli agricoltori. Questi popoli inoltre hanno culture

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>42</sup> ACHPR & IWGIA, *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*, Copenhagen, 2005.

<sup>43</sup> ACHPR, Res.123 (XXXII) 07: *Resolution on the Composition and Renewal of the Mandate of the Working Group on Indigenous Populations/Communities in Africa*, Congo, 28/11/2007. Il WGIP Africa è attualmente composto da più membri rispetto alla conformazione iniziale: Commissioner Musa Ngary Bitaye, Chairperson; Commissioner Mumba Malila; Commissioner Soyata Maiga; Mr. Khattali MED AG M. Ahmed; Mr. Mr. Zephyrin Kalimba; Dr. Naomi Kipuri; Ms. Marianne Jensen; Dr. Albert Barume; Mr. Melakou Tegegn. Cfr. ACHPR, Res.65 (XXXIV) 03: *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities*, Gambia 6 – 20/11/2003.

<sup>44</sup> Reports disponibili nella pagina web <http://www.iwgia.org/sw2186.asp>.

<sup>45</sup> ACHPR, *Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adottata nella 41 sessione del 05/2007, Accra, Ghana.

e istituzioni diverse dalla società dominante e praticano differenti religioni. Gli stili di vita e la loro sopravvivenza dipendono dalla possibilità di accesso e dai diritti sulle terre ancestrali e le risorse naturali; normalmente vivono in regioni non facilmente accessibili e in maniera isolata, sono così vittime di varie forme emarginazione sociale e politica. La questione della “aboriginalità” nel senso di “chi c’era prima” non è una caratteristica significativa nel contesto africano, dato che a seguito del periodo del colonialismo, tutte le popolazioni precedentemente residenti nel continente potrebbero essere considerate “indigene”<sup>46</sup>. Dalla ACHPR viene infine identificato come elemento chiave per la distinzione dei popoli indigeni il *principio di autoindentificazione*, in linea con i parametri internazionali<sup>47</sup>.

Riassumendo, il WGIP Africa afferma che la ACHPR ha utilizzato i criteri emarginazione, discriminazione, diversità culturale e autoidentificazione per considerare tali i popoli indigeni del continente, inoltre nel *WGIP Report* viene fornito un elenco indicativo di quali siano i popoli indigeni conosciuti, dove si trovano e di quale attività vivono<sup>48</sup>.

Nel rapporto vengono sottolineati due punti di fondamentale importanza nel contesto Africano: innanzitutto la concessione di diritti particolari per i popoli indigeni non deve essere interpretata come un favoritismo nei confronti di certi gruppi rispetto ad altri, ma come una misura positiva per tutelare gruppi particolarmente svantaggiati rispetto al resto della popolazione. In secondo luogo, viene affermato che il multiculturalismo all’interno degli Stati africani è una realtà di fatto, ma non per questo si deve sostenere che attribuire diritti particolari a determinati gruppi favorisca lo scontro tra etnie o indebolisca l’unità degli Stati nazionali: i conflitti, sottolinea il WGIP Africa, nascono perché certi diritti vengono violati e non perché vengono affermati per gruppi discriminati<sup>49</sup>. Un’ultima riflessione viene riportata nel rapporto, richiamando la distinzione tra popoli indigeni e minoranze, si sottolinea che nel diritto internazionale c’è una differenza sostanziale tra gli strumenti riferiti ai primi, che normalmente sono formulati in termini di diritti collettivi e gli strumenti riferiti alle minoranze, normalmente formulati in termini di diritti individuali<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> ACHPR & IWGIA, *Report of the African Commission’s*, op. cit., p.10.

<sup>47</sup> Cfr. cap. I e cap. III.

<sup>48</sup> ACHPR & IWGIA, *Report of the African Commission’s*, op. cit., p. 15.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 14.

## 2.1. Il caso *SERAC v. Nigeria*: la violazione del diritto alla terra, all'ambiente, alla salute e alla vita del popolo degli Ogoni

Il caso più importante in cui la ACHPR si è occupata di popoli indigeni è *SERAC v. Nigeria*<sup>51</sup>, in cui dai ricorrenti veniva denunciato il Governo Militare Nigeriano in relazione al consorzio tra la *Nigerian National Petroleum Company* (NNPC) e la *Shell Petroleum Development Corporation* (SPDC). Secondo i fatti presentati di fronte alla ACHPR questo consorzio aveva sfruttato le risorse naturali presenti sul territorio del popolo degli Ogoni, causando degradazione dell'ambiente e gravi problemi di salute agli individui delle popolazioni locali, come risultato della contaminazione, in violazione delle norme internazionali di tutela dell'ambiente<sup>52</sup>. I ricorrenti sostenevano che il Consorzio aveva operato al di sopra delle leggi, grazie all'appoggio dello Stato e del potere militare a favore delle compagnie petrolifere.

In particolare lo Stato non esigeva alle compagnie petrolifere di consultare le popolazioni locali nemmeno quando dovevano operare su proprietà private individuali, e ancora:

“The Communication alleges that the Government has neither monitored operations of the oil companies nor required safety measures that are standard procedure within the industry. The Government has withheld from Ogoni Communities information on the dangers created by oil activities. Ogoni Communities have not been involved in the decisions affecting the development of Ogoniland.

The Government has not required oil companies or its own agencies to produce basic health and environmental impact studies regarding hazardous operations and materials relating to oil production, despite the obvious health and environmental crisis in Ogoniland. The government has even refused to permit scientists and environmental organisations from entering Ogoniland to undertake such studies. The government has

---

<sup>51</sup> ACHPR, *Social & Economic Rights Action Center (SERAC) v. Nigeria*, Communication 155/96, *Decisions on Communications Brought Before The African Commission*, annesso V, in *15th Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 2001-2002.

<sup>52</sup> *Ibidem*, par. 1. Segue par. 2: “The Communication alleges that the oil consortium has exploited oil reserves in Ogoniland with no regard for the health or environment of the local communities, disposing toxic wastes into the environment and local waterways in violation of applicable international environmental standards. The consortium also neglected and/or failed to maintain its facilities causing numerous avoidable spills in the proximity of villages. The resulting contamination of water, soil and air has had serious short and long-term health impacts, including skin infections, gastrointestinal and respiratory ailments, and increased risk of cancers, and neurological and reproductive problems.”.



also ignored the concerns of Ogoni Communities regarding oil development, and has responded to protests with massive violence and executions of Ogoni leaders.”<sup>53</sup>

Il Governo della Nigeria, secondo i ricorrenti, non solo ha omesso i dovuti controlli sull’impatto delle attività di estrazione, ma ha anche ignorato le denunce degli Ogoni e ha risposto alle proteste con violenze di massa e con esecuzioni arbitrarie dei capi delle comunità. A seguito dell’intervento delle forze armate nigeriane, numerosi membri degli Ogoni sono stati trasferiti forzatamente dai loro villaggi e le loro terre e i loro animali sono stati avvelenati, come risultato dei processi di estrazione del petrolio, in maniera tale da rendere impossibile il ritorno delle popolazioni.

Secondo i ricorrenti, il Governo della Nigeria ha violato gli articoli: 2, 4, 14, 16 (diritto alla salute), 18(1), 21 (diritto dei popoli a disporre delle risorse naturali), e 24 (diritto dei popoli all’ambiente adeguato per il proprio sviluppo) della *Carta Africana*<sup>54</sup>.

La ACHPR dichiara ammissibile il caso<sup>55</sup> e, dopo aver analizzato nel merito i fatti denunciati, riconosce lo Stato della Nigeria responsabile della violazione di tutti gli articoli citati dai ricorrenti.

Per quanto riguarda gli artt. 16 e 24, la ACHPR sottolinea la stretta connessione tra ambiente e salute, in riferimento anche a quanto affermato dal CESCPR nel *General Comment* n. 14 del 2000<sup>56</sup>, e dichiara:

“Undoubtedly and admittedly, the government of Nigeria, through NNPC has the right to produce oil, the income from which will be used to fulfil the economic and social rights of Nigerians. But the care that should have been taken as outlined in the preceding paragraph and which would have protected the rights of the victims of the violations complained of was not taken. To exacerbate the situation, the security forces of the government engaged in conduct in violation of the rights of the Ogonis by attacking, burning and destroying several Ogoni villages and homes”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, par. 4 e 5.

<sup>54</sup> *Ibidem*, par. 10.

<sup>55</sup> *Ibidem*, par. 35 ss., cfr. art. 56 della *Carta Africana*.

<sup>56</sup> Vedere *supra*. Segue la ACHPR, par. 52: “Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), to which Nigeria is a party, requires governments to take necessary steps for the improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene. The right to enjoy the best attainable state of physical and mental health enunciated in Article 16(1) of the African Charter and the right to a general satisfactory environment favourable to development (Article 16(3)) already noted obligate governments to desist from directly threatening the health and environment of their citizens.”.

<sup>57</sup> *Ibidem*, par. 54.

L'art. 21 prevede che tutti i popoli possono disporre liberamente delle proprie risorse naturali e che tale diritto deve essere esercitato nell'esclusivo interesse dei popoli stessi.

La Commissione afferma che, nonostante l'obbligo di tutelare il diritto dei membri degli Ogoni a disporre -nel proprio interesse e benessere- delle risorse naturali presenti sul proprio territorio, lo Stato della Nigeria ha permesso che le compagnie petrolifere devastassero l'ambiente e di conseguenza il benessere delle popolazioni locali<sup>58</sup>.

La ACHPR riconosce anche la violazione dell'art. 14, ovvero il diritto alla proprietà, in connessione con l'art. 16 e 18 (1): protezione della famiglia, come unità di base dello Stato, e diritto all'alloggio<sup>59</sup>.

Lo Stato nigeriano viene riconosciuto colpevole anche della violazione del diritto alla vita (art.4), in relazione alla negazione del diritto al cibo, implicito all'art. 4, e per la distruzione e contaminazione delle risorse naturali essenziali per la sopravvivenza del popolo degli Ogoni<sup>60</sup>, oltre che a causa del coinvolgimento diretto delle forze dello Stato in episodi di violenza di massa e omicidi.

La ACHPR approfitta del caso degli Ogoni per affermare l'importanza della *Carta Africana* nel contesto del continente e a livello internazionale:

“The uniqueness of the African situation and the special qualities of the Carta Africana on Human and Peoples' Rights imposes upon the African Commission an important task. International law and human rights must be responsive to African circumstances. Clearly, collective rights, environmental rights, and economic and social rights are essential elements of human rights in Africa. The African Commission will apply any of the diverse rights contained in the African Charter. It welcomes this opportunity to make clear that there is no right in the Carta Africana that cannot be made effective.”<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, par. 58.

<sup>59</sup> *Ibidem*, par. 62: “The protection of the rights guaranteed in Articles 14, 16 and 18 (1) leads to the same conclusion. As regards the earlier right, and in the case of the Ogoni People, the Government of Nigeria has failed to fulfil these two minimum obligations. The government has destroyed Ogoni houses and villages and then, through its security forces, obstructed, harassed, beaten and, in some cases, shot and killed innocent citizens who have attempted to return to rebuild their ruined homes. These actions constitute massive violations of the right to shelter, in violation of Articles 14, 16, and 18(1) of the African Charter.”.

<sup>60</sup> *Ibidem*, parr. 66-67.

<sup>61</sup> *Ibidem*, par. 69.

La Commissione, dati i limitati poteri di cui dispone<sup>62</sup>, riconoscendo lo Stato della Nigeria responsabile della violazione di tutti gli articoli menzionati (2,4,16,18(1), 21 e 24), fa appello affinché il Governo assicuri la protezione dell'ambiente<sup>63</sup>, della salute e delle condizioni di vita del popolo degli Ogoni, adottando le seguenti misure:

- fermando gli attacchi ai leader degli Ogoni e alle comunità da parte delle *Rivers State Internal Securities Task Force*;
- investigando sulle violazioni dei diritti umani menzionati e procedendo contro i responsabili;
- assicurando un adeguato risarcimento alle vittime di tale violazioni;
- preparando un piano appropriato per l'impatto ambientale e sociale di future operazioni di estrazione di petrolio;
- informando le popolazioni locali sui rischi ambientali e di salute delle operazioni di estrazione e creando un meccanismo per coinvolgerle nel processo di decisione<sup>64</sup>.

### **3. I popoli indigeni nel sistema interamericano dei diritti umani<sup>65</sup>**

Nel panorama americano in seno alla *Organizzazione degli Stati Americani* (OAS) uno dei primi strumenti che fa riferimento ai popoli indigeni, seppur in maniera paternalistica e in un'ottica di assimilazione<sup>66</sup> è la *Carta della Organizzazione degli Stati Americani*<sup>67</sup>, art. 39:

---

<sup>62</sup> Cfr. NSONGURUA J UDOMBANA, *Reparations and Africa's Indigenous People*, in LENZERINI, a cura di, *Reparations*, op. cit., p. 389-407.

<sup>63</sup> Sul tema del diritto all'ambiente nel caso *SERAC v. Nigeria*, vedere anche CASSEL, *Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs*, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 6 del 2007.

<sup>64</sup> Per una critica approfondita sulla decisione della ACHPR vedere anche KWADWO APPIAGEYEI-ATUA, *Self determination v. State sovereignty: a critique of the African Commission's Decision in the Ogoni case*, in CASTELLINO, a cura di, *Indigenous*, op. cit., p. 301-333.

<sup>65</sup> Vedere in generale BUERGENTHAL-NORRIS-SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Americas*, Madrid, 1998; FAPPIANO, *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1997; FERNANDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, 1999; GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, *Derechos Humanos en el sistema interamericano*, Mexico, 2000; MELANDEZ COX, a cura di, *El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos*, San José, 1998; TRAVIESO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: opiniones consultivas y fallos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1996; VENTURA ROBLES, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1981-1991*, San José, 1996.

<sup>66</sup> THORNBERRY, *Indigenous*, op. cit. p. 267.

<sup>67</sup> *Carta della Organizzazione degli Stati Americani*, Bogotá, 1948.

“In countries where the problem of an indigenous population exists, the necessary measures shall be adopted to give protection and assistance to the Indians, safeguarding their life, liberty and property, preventing their extermination, shielding them from oppression and exploitation, protecting them from want and furnishing them and adequate education. The state shall exercise its guardianship in order to preserve, maintain and develop the patrimony of the Indians or their tribes; and it shall foster the exploitation of the natural, industrial or extractive resources or any other sources of income proceeding from or related to the aforesaid patrimony, in order to ensure in due time the economic emancipation of the indigenous groups. Institutions or agencies shall be created for the protection of Indians, particularly in order to ensure respect for their lands, to legalize their possession thereof, and to prevent encroachment upon such lands by out-sides.”<sup>68</sup>.

Al contrario la *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*<sup>69</sup>, dello stesso anno, non menziona diritti specifici per questi gruppi.

La *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* (da ora Convenzione o CADH) del 1969<sup>70</sup>, non prevede articoli specifici per la tutela dei popoli indigeni, nonostante un'ingente presenza di comunità indigene del mondo si trovi sotto la giurisdizione degli Stati membri della OAS.

Nell'ultimo trentennio, grazie all'intenso lavoro della *Commissione interamericana per i diritti dell'uomo* (da ora anche Commissione o CIDH) e della *Corte interamericana dei diritti dell'uomo* (da ora anche Corte IDH o Corte), si è affermata una tendenza nella trattazione delle questioni indigene che abbandona l'approccio paternalista e favorisce l'affermazione di principi di diritto che tengono in conto le differenti realtà indigene nella loro specificità e varietà di visioni e di sistemi sociali, economici e normativi.

In particolare i casi trattati nel sistema interamericano hanno riguardato il problema dei diritti territoriali dei popoli indigeni negli Stati parti. La Corte IDH ha avuto modo di affermare la tutela del diritto alla terra a partire dal caso della *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*<sup>71</sup>, nel quale, attraverso una sapiente logica giuridica, lo

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, art. 39.

<sup>69</sup> *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*, Bogotá, 1948.

<sup>70</sup> *Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, San José de Costa Rica, 22 novembre 1969.

<sup>71</sup> Vedere *infra*.

ha garantito attraverso l'art. 21 della CADH, che corrisponde al diritto di proprietà formulato in termini individuali. In questo modo la Corte ha riconosciuto anche le forme di acquisizione della proprietà sui territori ancestrali proprie del diritto consuetudinario indigeno, indipendentemente dai titoli ufficiali riconosciuti negli ordinamenti nazionali. Alcuni autori sottolineano che:

“There is no “universal,” or one-size-fits-all definition of “indigenous property rights,” that the Inter-American system can arbitrarily settle upon. Because each indigenous community possesses its own unique social, political, and economic history, each has adapted and adopted methods of cultural survival and development suited to the unique environment and ecosystem inhabited by that community. As a result, each indigenous community creates its own customary laws for governing its lands and resources. This process of *jurisgenesis* means that indigenous societies’ property rights systems possess the same particularity and divergence that characterize the property rights systems of non-indigenous societies.”<sup>72</sup>.

La *ratio* dell’operato della Commissione e della Corte interamericana per i diritti dell’uomo si può ritrovare nel *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*:

- “1. Indigenous peoples have the right to the legal recognition of their varied and specific forms and modalities of their control, ownership, use and enjoyment of territories and property.
2. Indigenous peoples have the right to the recognition of their property and ownership rights with respect to lands, territories and resources they have

---

<sup>72</sup> ANAYA & WILLIAMS, *The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands*, op. cit., p. 43. Interessante l’esempio dei Navajo negli Stati Uniti riportato dagli stessi autori a pag. 44: “Today, more than 150 indigenous judicial systems function in the United States. These institutions are part of the self-governance structures of modern Indian nations or tribes, and they regularly apply and develop the concept of “tribal law” or “customary law” in their legal decisions. The United States legal system recognizes these decisions as authoritative and enforces them under principles of judicial comity and full faith and credit in the state and federal courts of the United States. The legal interpretations and understandings of indigenous peoples’ property rights, found in the growing corpus of published judicial opinions by these modern tribal courts, consistently emphasize the *sui generis* nature of the traditional land and resource use patterns that constitute forms of property in particular indigenous communities.”.

historically occupied, as well as to the use of those to which they have historically had access for their traditional activities and livelihood.”<sup>73</sup>.

Come si potrà vedere nell’analisi a seguire, l’azione del sistema interamericano a tutela dei diritti umani è andato oltre l’affermazione della garanzia del diritto alla terra dei popoli indigeni. Attraverso le misure stabilite per gli Stati che avevano violato questo diritto, la Corte IDH e la Commissione hanno anche evidenziato due necessari corollari del diritto alla terra: l’obbligo per gli Stati di predisporre delle leggi specifiche per il processo di definizione dei territori indigeni e il principio di consultazione e partecipazione delle comunità per quanto riguarda la gestione delle risorse naturali presenti nelle zone da essi abitate<sup>74</sup>.

Infine la Corte IDH ha evidenziato il forte legame tra la terra e la cultura dei popoli indigeni. In genere per le comunità indigene il territorio e le risorse naturali non hanno semplicemente un valore economico. Le terre occupate e utilizzate da una comunità indigena sono essenziali per la sua esistenza, la continuità e la cultura. La Corte IDH e la Commissione hanno ricollegato quindi il diritto alla terra al principio di tutela dell’integrità culturale, facendo riferimento a diversi articoli previsti negli strumenti di tutela dei diritti umani del sistema interamericano (non essendoci nella CADH un articolo specifico), tra cui: il diritto alla vita (art. 4 CADH), il diritto alla salute e all’integrità fisica (art. 5.1 CADH), il diritto alla libertà di religione (art. 12 CADH), il diritto alla famiglia (art. 17 CADH), il diritto alla libertà di movimento e residenza (art. 22 CADH). Questi principi si trovano riuniti nell’art. VII, *Right to Cultural Integrity*, della *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* :

“1. Indigenous peoples have the right to their cultural integrity, and their historical and archeological heritage, which are important both for their survival as well as for the identity of their members.

---

<sup>73</sup> *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, art. XVIII, approvato dalla Commissione Interamericana per i diritti dell’Uomo, nella 133ma sessione il 26 febbraio 1997, OEA/Ser L/V/II.95.doc.7, rev. 1997. Cfr. PERMANENT COUNCIL OF THE OEA, *Working Group to Prepare the Draft American Declaration of Indigenous Peoples Rights, Report of the Rapporteur: Meeting of the Working Group on the Fifth Section of the Draft Declaration with special emphasis on “Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories”*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1 del 20 febbraio 2003.

<sup>74</sup> ANAYA & WILLIAMS, *The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands*, op. cit. p. 74 ss.

2. Indigenous peoples are entitled to restitution in respect of the property of which they have been dispossessed, and where that is not possible, compensation on a basis not less favorable than the standard of international law.

3. The states shall recognize and respect indigenous ways of life, customs, traditions, forms of social, economic and political organization, institutions, practices, beliefs and values, use of dress, and languages.”<sup>75</sup>.

### **3.1. La *Commissione Interamericana per i Diritti dell’Uomo* e la tutela dei popoli indigeni**

La CIDH ha competenza per formulare specifiche raccomandazioni per gli Stati membri della OAS, di ricevere comunicazioni individuali delle presunte violazioni dei diritti sanciti nella CADH ed elaborare rapporti annuali<sup>76</sup>.

La Commissione si interessa alla questione indigena a partire dagli anni settanta, nel rapporto annuale del 1972, il paragrafo V della seconda sezione è intitolato: “Protección especial de las poblaciones indígenas. Lucha contra el racismo y la discriminación racial”<sup>77</sup>, in questo documento la CIDH esorta gli Stati parti a prestare un’attenzione particolare ai gruppi indigeni e a formare in particolare i funzionari pubblici che dovranno lavorare a contatto con individui di queste popolazioni per evitare che si possa sviluppare alcun tipo di discriminazione<sup>78</sup>. Nel rapporto annuale del 1973 la CIDH segnala la

---

<sup>75</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, *The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Interamerican Court of Human Rights*, in YEE & MORIN, a cura di, *Multiculturalisms and International Law*, Boston, 2009.

<sup>76</sup> La CIDH è composta da sette membri indipendenti, di diversa nazionalità, eletti dall’Assemblea Generale della OAS, che si riuniscono per otto settimane all’anno.

<sup>77</sup> CIDH, *Informe Anual 1972*, OEA/Ser.L/V/II/29, Doc. 41 rev. 2, del 13 marzo 1973, la Commissione considera, sez II, par. V: “Que la protección especial de las poblaciones indígenas constituye, tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados; Que en diversas oportunidades esta Comisión ha debido tomar conocimiento de casos en los cuales se ha comprobado que abusos de poder cometidos por funcionarios gubernamentales encargados de tareas de administración en relación con comunidades indígenas han ocasionado gravísima lesión a los derechos humanos de sus integrantes; Que estos agravios a los derechos humanos resultan tanto más reprobables si se atiende al hecho de provenir de agentes del poder público y de tomar por víctimas a personas o grupos para los cuales es particularmente difícil el ejercicio eficaz de los medios de defensa establecidos por las legislaciones de los respectivos Estados; Que el Artículo 9 del Estatuto de esta Comisión habilita a la misma para dirigir recomendaciones inspiradas en el propósito de obtener más elevados niveles de protección para los derechos humanos; y que sin perjuicio e las recomendaciones formuladas en anteriores períodos de sesiones y de la complementación de los trabajos que ella esté realizando en materia de protección de las poblaciones indígenas, se estima indispensable desde ahora”.

<sup>78</sup> MACKAY, *Guide to Indigenous Peoples’ Rights in the Inter-American Human Rights System*, IWGIA, 2002, p. 52.

violazione del diritto alla vita, vincolato allo spossamento delle terre dei popoli indigeni; la discriminazione sistematica e la negazione della protezione legale agli individui indigeni<sup>79</sup>.

Negli anni successivi la Commissione tenterà di sistematizzare le misure legislative, giudiziarie e amministrative adottate negli Stati parti della OAS, inerenti ai popoli indigeni, ma il progetto non arriva a buon fine. Dagli anni '80 la CIDH riceve centinaia di denunce relative a situazioni che violano i diritti umani di individui e comunità indigene<sup>80</sup> e le esamina sulla base dei principi generali sanciti nella *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*, unitamente utilizza come norma complementare di interpretazione (*lex specialis*), la Convenzione OIL N. 169, grazie al principio di garanzia enunciato negli artt. 29, b) e 64 della CADH<sup>81</sup>.

Fino al 1989, momento in cui inizia il processo di preparazione della *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, la Commissione affronta i diritti umani dei popoli indigeni in maniera non sistematica, ma con un approccio *ad hoc*, a seconda delle differenti situazioni. In risposta alle denunce vengono emesse raccomandazioni agli Stati in causa, risoluzioni e relazioni annuali prevalentemente sul diritto alla vita, alla libertà, all'integrità personale, alla proprietà, alla dignità, alle garanzie giudiziali; vengono affrontate tematiche inerenti ai diritti collettivi e culturali di comunità e gruppi che vivono all'interno di uno Stato<sup>82</sup>.

La Commissione inoltre emette delle relazioni specifiche relative ai diritti umani nei paesi membri. In particolare la CIDH ha analizzato durante gli anni la situazione dei popoli indigeni in Paraguay (1978, 1987 e 2001); Nicaragua (1978 e 1981); Colombia (1981, 1993 e 1999); Guatemala (1981, 1983, 1985, 1993 e 2003); Bolivia (1981, 2007, 2009); Suriname (1983 e 1985); Ecuador (1997); Brasile (1997); Messico (1998); Perù (2000); Honduras (2009)<sup>83</sup>.

Infine tra i compiti della Commissione c'è anche quello di redigere rapporti di situazioni

---

<sup>79</sup> CIDH, *Informe anual 1973*, OEA/Ser.L/V/II.32 doc. 3 rev. 2, del 14 febbraio 1974. Cfr. MACKAY, *Guide to Indigenous*, op. cit., p. 55.

<sup>80</sup> Vedere tra gli altri, in relazione alle questioni territoriali: CIDH, *Informe* n. 78/00, Caso 12.053, *Comunidades indígenas Maya y sus miembros v. Belice*, del 2 ottobre del 2000; *Informe* n. 99/99, Caso n. 11.140 *Mary and Carrie Dann v. Estados Unidos*, del 27 settembre 1999. 5 de octubre de 2000

<sup>81</sup> CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, 2000, cap. I, *Antecedente del sistema Interamericano sobre los derechos de los indígenas*, par.1.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*.



peculiari<sup>84</sup> e realizzare visite *in loco* nei paesi membri<sup>85</sup>. Grazie a queste azioni quest'organismo ha potuto studiare le differenti condizioni di vita dei popoli indigeni nel territorio americano, per poi far confluire il proprio lavoro nel progetto di *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, ancora in fase di discussione<sup>86</sup>.

Nelle Americhe esistono circa 400 gruppi indigeni differenti e tra questi si possono trovare in piccole comunità della selva fino a importanti società strutturate e organizzate nei paesi andini. Nonostante la varietà e il diverso rapporto con la società nazionale, sono state individuate numerose ragioni per elaborare uno strumento di norme giuridiche comuni a carattere internazionale per la protezione dei diritti umani di queste popolazioni. Infatti, sulla base del lavoro della Commissione e in seguito della Corte, si può constatare la comunanza delle problematiche di base all'interno dei differenti Stati Americani: i tentativi di genocidio, lo spossessamento delle terre, la condizione legale o di fatto di cittadino "inferiore" all'interno dello Stato, il rifiuto e l'ignoranza della storia e delle tradizioni di questi popoli.

Come conseguenze generali, si possono riscontrare nei differenti paesi membri due tendenze che richiedono una legislazione comune: la distruzione dell'identità culturale e la limitazione delle condizioni di vita. Una norma internazionale permetterebbe di mobilitare gli ordinamenti nazionali e garantirebbe una maggiore equità nella tutela dei diritti di questi popoli<sup>87</sup>.

Tra gli anni '80 e '90, la Commissione ha dovuto esaminare numerosi casi di violazioni dei diritti umani nei confronti di soggetti indigeni da parte di agenti degli Stati, nell'ambito di repressioni di movimenti dissidenti. Alcuni di questi casi sono stati considerati "massacri", dato che gli omicidi erano indiscriminati, altri casi sono stati definiti "rappresaglie", seguite ad azioni di movimenti ribelli nei territori nazionali.

Un diritto umano fondamentale sul quale la Commissione si è dovuta esprimere è il diritto alla vita, tra i primi, nel contesto dei conflitti interni in Guatemala e in Perù<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Tra queste in relazioni ai popoli indigeni si ricorda per esempio il *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, vedere *infra*.

<sup>85</sup> Verificabili nel sito web <http://www.cidh.oas.org/visitas.esp.htm>.

<sup>86</sup> Vedere la Ris. AG/RES. 2368 (XXXVIII-O/08).

<sup>87</sup> CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, 2000, cap. II, *Documentos Preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

<sup>88</sup> Vedere anche il lavoro delle Commissioni di Verità e Riconciliazione, per un approfondimento sul Guatemala: ROSSI, *Guatemala: il silenzio della memoria*, in FRANCIONI, GESTRI, RONZITTI, SCOVAZZI, a cura di, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano 2008,

In particolare nel “*Informe sobre las situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*” del 1981, la CIDH afferma:

“La Comisión ha venido recibiendo, en forma regular y constante, dentro de estos últimos cuatro años, numerosas denuncias, testimonios, documentos e informaciones en las que se imputan a las autoridades gubernamentales y a las fuerzas de seguridad innumerables actos que implican gravísimas y sistemáticas violaciones al derecho a la vida.

Tales denuncias, documentos, testimonios e informaciones han llevado a la Comisión a la conclusión inequívoca de que en Guatemala las casi diarias ejecuciones extrajudiciales de miles de personas o las detenciones extrajudiciales que se traducen después de desaparecimientos se deben a la acción, en uno y otro caso, de las fuerzas de seguridad legalmente constituidas o a los grupos paramilitares de civiles que actúan con el conocimiento y generalmente con la estrecha cooperación con las autoridades gubernamentales. Dentro de las numerosas denuncias e informaciones relativas al derecho a la vida en Guatemala que la Comisión ha recibido, puede, en términos muy generales, hacerse una clasificación de las violaciones al derecho a la vida imputadas a las fuerzas de seguridad en tres grandes grupos: (i) Ejecuciones extrajudiciales y asesinatos en las calles; (ii) Muertes masivas de campesinos e indígenas; y (iii) los desaparecidos. Por su especial importancia la Comisión se referirá a estas dos últimas situaciones en secciones especiales.”<sup>89</sup>.

Nel 1983, a seguito di una visita *in loco* e della raccolta di alcune testimonianze la Commissione segnala numerose violazioni dei diritti umani di individui indigeni da parte di agenti dello Stato:

“la violencia en las áreas rurales de conflicto, la que se vino incrementando más y más durante el régimen del General Romeo Lucas García, ha presentado en ese país características de brutalidad y de barbarie a través del asesinato masivo de campesinos e indígenas a fusil. Machete o cuchillo; el bombardeo y ametrallamiento de aldeas por tierra y aire; la quema de casas, iglesias y casas comunales así como de los

---

p. 747-779 e CITRONI, *L'Orrore rivelato, l'esperienza della Commissione di Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, Milano, 2004.

<sup>89</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, 13 ottobre 1981, OEA/Ser.L/V/II.53, cap. II, c) *Muertes Atribuidas a las Autoridades Gubernamentales o a sus Agentes*, par. 1 ss.

sembríos.”<sup>90</sup>.

Per il Perù la Commissione si esprime in questo senso, riferendosi per lo più a vittime indigene:

“Las denuncias de violaciones al derecho a la vida ante la Comisión, respecto a las cuales ésta ha adoptado decisiones, pueden ser categorizadas en desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias y matanzas de grupos de personas. La Comisión ha adoptado 43 resoluciones en relación con casos individuales, desde el año 1988 hasta la fecha, que corresponden a desapariciones forzadas de personas, afectando a 106 víctimas. Las ejecuciones sumarias han sido la modalidad de violación al derecho a la vida en 16 casos en los que la Comisión adoptó resoluciones en el mismo período, afectando a 22 víctimas y las muertes masivas de personas en las que hubo pronunciamiento de la Comisión se produjeron en cuatro casos que afectaron a 60 víctimas. En la actualidad se encuentran en trámite ante la Comisión 128 casos que afectan el derecho a la vida de 465 alegadas víctimas.”<sup>91</sup>.

La prima risoluzione che collega il *diritto alla vita* con il *diritto alla terra* dei popoli indigeni è relativa al caso degli Yanomami in Brasile, nel 1985<sup>92</sup>. Con questa pronuncia la Commissione ha dimostrato la capacità di tutelare diritti collettivi, il diritto alla vita, alla proprietà, alla salute, alla cultura e al benessere del popolo degli Yanomami nel suo insieme.

---

<sup>90</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 3 ottobre 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, cap. II, d) *La violencia en las Areas Rurales de Conflicto*, par. 8 e segue: “En general, los testimonios logrados durante la visita de la Comisión a Guatemala confirman una situación de violencia, en la que los campesinos e indígenas reclaman como el valor más importante para ellos el poder vivir tranquilamente y en paz. Reconociendo esa situación de violencia, de la que quieren escapar, coincidentemente la mayoría de esos testimonios responsabilizaron al Ejército y a la guerrilla como los autores de esa violencia y de las muertes que se han originado, pero sin precisar, en cada caso, en quien recaía tal responsabilidad, limitándose la mayoría de esos testimonios en general, a señalar que, por ser iguales la vestimenta y las armas usadas por unos y otros, era difícil saber si los responsables pertenecían al Ejército o a la guerrilla. En algunos casos aislados, sin embargo, esos pobladores pudieron distinguir a personeros del Ejército o de la guerrilla como los autores de asesinatos y torturas”.

<sup>91</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, 12 marzo 1993, OEA/Ser.L/V/II.83, cap. I, c) *Problemas de derechos humanos identificados por la Comisión*, par. 16.

<sup>92</sup> CIDH, Ris. N. 12/85, caso N. 7615 (Brasile), del 5 marzo 1985.

Sulla base di un'attenta analisi della legislazione nazionale interna e del diritto internazionale<sup>93</sup>, la CIDH considera:

“Que las violaciones denunciadas tienen su origen en la construcción de la autopista transamazónica BR-2310 que atraviesa los territorios donde viven los indios; en la falta de crear el Parque Yanomami para la protección del patrimonio cultural de este grupo indígena; en la autorización de explotar las riquezas del subsuelo de los territorios indígenas; en permitir la penetración masiva en el territorio de los indios de personas extrañas transmisoras de enfermedades contagiosas diversas que han causado múltiples víctimas dentro de la comunidad indígena y de no proveer la atención médica indispensable a las personas afectadas, y finalmente, por proceder al desplazamiento de los indios de sus tierras ancestrales con todas las negativas consecuencias para su cultura, tradición y costumbres.”<sup>94</sup>.

La CIDH ritiene il Brasile responsabile di aver omesso l'adozione di misure adeguate ed efficienti per tutelare il popolo Yanomami con la conseguente violazione del diritto alla vita e alla sicurezza (art.1); diritto di residenza e transito (art.8); diritto alla salute e al benessere (art.9) della *Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo*<sup>95</sup>.

La CIDH raccomanda allo Brasile di procedere alla delimitazione dei territori indigeni nelle zone di Mato Grosso e Roraima, corrispondenti a circa 9 milioni di ettari di bosco amazzonico, *habitat* naturale di 12.000 Yanomami<sup>96</sup>.

Un ulteriore caso importante in cui la CIDH è giunta alla difesa dei diritti collettivi di una comunità è quello dei Miskitos in Nicaragua. La denuncia, presentata di fronte alla CIDH

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, Quinto Considerando: “Que, por su parte, para la protección del territorio indígena, la Ley. 6.001 (Estatuto del Indio) estipula: Artículo 19 ‘Por iniciativa y bajo la supervisión del órgano federal de asistencia a los indios, las tierras indígenas serán administrativamente demarcadas de conformidad con el proceso establecido por decreto del Poder Ejecutivo.’ Artículo 25: ‘El reconocimiento del derecho de los indios o grupos tribales a poseer permanentemente las tierras en que viven, según los términos del artículo 198 de la Constitución Federal, no dependerá de la demarcación de éstas, y será asegurado por el órgano federal de asistencia a los selvícolas...’”. Aggiunge inoltre, Settimo Considerando: “Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.”.

<sup>94</sup> CIDH, Ris. N.12/85, caso N.7615, Segundo Considerando.

<sup>95</sup> *Ibidem*, Primo Resolve. In questo caso la CIDH ha dovuto fare riferimento alla *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre* dato che il Brasile non aveva ancora ratificato la Convenzione.

<sup>96</sup> CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas*, op.cit., cap. III, *Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas* (1970-1999), par. 2.

nel 1982 da parte di un'organizzazione (MISURASATA) di differenti etnie che vivono sul territorio nicaraguense, si riferiva al bombardamento di popolazioni, all'omicidio di persone, alla minaccia di eliminare la "casta" indigena, al trasferimento forzato di persone e alla campagna diffamatoria da parte dello Stato nei confronti delle lotte portate avanti dai popoli indigeni per le proprie terre e la propria autonomia, definite come controrivoluzionarie e separatiste<sup>97</sup>.

La Commissione ha impiegato diversi anni e visite *in loco* per studiare il caso, partendo dagli antecedenti storici della creazione del *Reino Miskito* da parte della Corona Britannica nel 1697, fino a giungere ai rapporti tra il Governo Sandinista di quegli anni e i popoli indigeni in causa.

La CIDH sottolinea l'importanza di tutelare i diritti collettivi del popolo Miskito, facendo riferimento all'art. 27 del ICCPR e a ulteriori principi di diritto internazionale, giunge alla seguente conclusione:

“Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. Por ello, la Comisión considera que es fundamental lograr nuevas condiciones de coexistencia entre las minorías étnicas y el Gobierno de Nicaragua, a fin de superar los antagonismos históricos que han existido y las graves dificultades hoy presentes. A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia

---

<sup>97</sup> CIDH, *Informe sobre la situación e los derechos humanos de un sector de la población nicaraguense de origen miskito* (da ora *Informe sobre la situación de los Miskitos*), OEA/Ser.L/V/II.62, 29 novembre 1983, *Origen y desarrollo de la controversia*, d).

consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.”<sup>98</sup>.

Oltre a riconoscere le violazioni dei diritti alla vita, alla libertà, all'integrità personale e al giusto processo, la CIDH si sofferma sul diritto alla residenza e al transito ed infine sul diritto alla proprietà in due aspetti fondamentali: il diritto a utilizzare le risorse delle proprie terre e la distruzione delle case, dei raccolti, degli animali e di altri beni dei miskitos a causa del trasferimento forzato in diverse zone del paese. La Commissione dichiara di non potersi pronunciare sulla validità strettamente legale della proprietà dei territori ancestrali delle comunità indigene, però individua quest'ultima come una delle questioni più importanti da risolvere tra gli indigeni e il Governo del Nicaragua. Viene sottolineato come questo tipo di problema sia ricorrente negli Stati americani e che queste situazioni limitano le possibilità di sviluppo ai popoli indigeni, non essendoci delle strategie politiche che tengano in considerazione le peculiarità della loro organizzazione sociale ed economica. La Commissione raccomanda allo Stato nicaraguense di trovare al più presto una soluzione soddisfacente sia per le rivendicazioni dei Miskito sia per la salvaguardia dell'unità territoriale dello Stato<sup>99</sup>. Per quanto riguarda la seconda tipologia di fatti denunciati, ovvero la distruzione dei beni dei Miskito, il Governo aveva già riconosciuto la propria responsabilità, quindi viene raccomandato un giusto indennizzo per riparare ai danni provocati<sup>100</sup>.

Nella relazione finale per la risoluzione amichevole del caso, la Commissione fa riferimento ai diritti collettivi dei Miskito, in particolare al diritto ai territori ancestrali, al diritto delle comunità di utilizzarli secondo i sistemi tradizionali per garantirsi la sopravvivenza e il benessere individuale e collettivo, ribadendo le precedenti raccomandazioni al Governo del Nicaragua:

“Teniendo en cuenta que uno de los aspectos fundamentales del entredicho suscitado entre el Gobierno de Nicaragua y la población miskita es el referido a los reclamos de ésta en relación a sus tierras ancestrales por considerar que el Gobierno está violando

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, “Los derechos cuya violación se imputa al gobierno de Nicaragua, b) Protección especial de los miskitos como grupo étnico”, par.15.a

<sup>99</sup> *Ibidem*, f) *Derecho de propiedad*, par. 6 e Conclusioni e Raccomandazioni par. j): “Estudio de una solución al problema de las tierras ancestrales de los indígenas que permita tener en cuenta tanto las aspiraciones indígenas como los intereses económicos y la unidad territorial de la República”.

<sup>100</sup> *Ibidem*, par. 7.

sus derechos a las mismas e introduciendo perjudiciales modificaciones al sistema de tenencia y explotación de esas tierras a través de la Reforma Agraria, la Comisión recomendó al Gobierno otorgar una solución justa al problema de las tierras ancestrales reclamadas por la población miskita. La Comisión no ha advertido hasta ahora una manifestación clara de la voluntad del Gobierno de Nicaragua de cumplir esta recomendación.”<sup>101</sup>.

A seguito di queste osservazioni, nel progetto di *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, la CIDH sviluppa, fin dal 1990, il principio giuridico secondo il quale diritti individuali e diritti collettivi non si escludono, anzi fanno parte dello stesso sistema per la garanzia piena dei diritti umani. Partendo dal presupposto dell’art. 29 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e dall’art. 27 dell’ICCPR, i quali riconoscono che esistono diritti che possono essere realizzati solo con i membri di una comunità, la CIDH considera che il pieno godimento da parte di un soggetto di certi diritti individuali è possibile solo se lo stesso diritto si riconosce al resto dei membri di quella comunità, quale gruppo organizzato<sup>102</sup>.

### **3.2. La giurisprudenza “evolutiva” della Corte Interamericana dei diritti dell’uomo**

L’innovativa giurisprudenza della *Corte Interamericana dei diritti dell’uomo* (da ora Corte o Corte IDH) ha disposto una tutela delle comunità indigene, basandosi sugli articoli della Convenzione Americana intesi come diritti individuali, dandone però un’interpretazione estensiva.

La Corte ha prodotto sette sentenze riguardanti violazioni di diritti umani di popoli indigeni, nello specifico in Nicaragua, Suriname, Paraguay e Guatemala, per casi di diritti di proprietà, massacri, sparizioni forzate, trasferimenti forzati, diritti politici e culturali.

Le peculiarità del lavoro della Corte sono in primo luogo la tipologia delle sanzioni, che vanno oltre il semplice pagamento di una cifra di denaro, ma mirano a riparare il danno

---

<sup>101</sup> CIDH, *Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*, caso N. 7964 (Nicaragua), 16 maggio 1984, par. i).

<sup>102</sup> CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas*, op.cit., cap. III, *Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas* (1970-1999), par. 6, b).

morale delle vittime; in secondo luogo le forme di riparazione sono volte alla collettività e non solamente al singolo soggetto vittima di una violazione<sup>103</sup>.

### 3.2.1. Il Caso *Aloeboetoe et al. v. Suriname*<sup>104</sup>

Il primo caso che la Corte deve giudicare riguarda dei fatti che si sono verificati nel 1987 in Suriname, presentati in una memoria della Commissione nel 1991<sup>105</sup>.

Secondo la denuncia ricevuta dalla CIDH, il 31 dicembre del 1987 una ventina di uomini inermi, appartenenti al gruppo dei *cimarrones* (un'etnia discendente dagli schiavi africani che ottenuta la libertà si stabilirono in comunità autonome all'interno dei boschi tropicali del Suriname; la loro autonomia politica e territoriale venne garantita da trattati stipulati con il governo coloniale nel 1760<sup>106</sup>), era stata attaccata da militari dell'esercito surinamense sotto gli occhi di 50 testimoni, con il pretesto di una presunta appartenenza al gruppo sovversivo *Comando de la Selva*. I militari rilasciarono in seguito una parte dei *cimarrones*, ma si portarono via 7 di loro, tra i quali un minore di 15 anni. Sulla strada il veicolo militare fece una sosta e fece scavare agli uomini delle fosse, uno di loro riuscì a fuggire e fu ferito a una gamba, gli altri sei furono assassinati. Il sopravvissuto fu trovato giorni dopo in condizioni gravi, ma prima di morire in ospedale, nonostante le cure, riuscì a riferire l'accaduto a coloro che hanno poi presentato la denuncia di fronte alla CIDH<sup>107</sup>.

Secondo la Commissione e la Corte, il Suriname, che in seguito ammetterà la responsabilità per i fatti accaduti, è colpevole della violazione degli Articoli 1(1) e (2) (obbligo di rispettare i diritti); 4 (1) (diritto alla vita); 5(1) e (2) (diritto a un trattamento umano); 7 (1), (2) e (3) (diritto alla libertà personale); 25 (diritto alla garanzie giudiziarie). La Commissione considera che, secondo l'art. 63(1)<sup>108</sup> della Convenzione Americana e i principi del diritto internazionale, il Suriname deve indennizzare la parte lesa per

---

<sup>103</sup> CITRONI & QUINTANA OSUNA, *Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court*, in LENZERINI, *Reparation*, op. cit., p. 319.

<sup>104</sup> CORTE IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname*, sentenza del 10 settembre 1993.

<sup>105</sup> CIDH, Memoria 1 aprile 1991.

<sup>106</sup> MACKAY, *Jurisprudence*, op. cit. p. 93.

<sup>107</sup> CORTE IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname*, cit., *Reparaciones*.

<sup>108</sup> Art. 63(1): "Si la Corte concluye que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos por este Convenio, la Corte deberá dictaminar que la parte perjudicada sea asegurada de su goce a este derecho o libertad que fue violado. También deberá dictaminar, si lo considera apropiado, que las consecuencias de la medida o situación que constituyó el quebrantamiento de este derecho o libertad sea remediada y que se pague una justa compensación a la parte perjudicada".



l'incompimento degli obblighi dello Stato, quale parte della Convenzione stessa, secondo la regola della *restitutio in integrum*. Lo Stato dovrebbe rispondere ai danni materiali e morali, anche attraverso riparazioni non pecuniarie, così la Commissione calcola un ammontare di denaro per il risarcimento delle spese e i costi sostenuti dalle famiglie delle vittime ed elenca le misure non pecuniarie sollecitate dalle famiglie stesse<sup>109</sup>.

Il caso Aloeboetoe è molto importante per lo studio dei diritti dei popoli indigeni in particolare perché la Corte ha deciso che le riparazioni dovevano essere stabilite sulla base del diritto *saramaka*<sup>110</sup> e non su quella surinamense, per definire a chi sarebbero spettati i risarcimenti per la morte delle vittime.

La Corte ha sottolineato che il diritto surinamense non era efficace né applicabile nei gruppi *saramaka*:

“Respecto de las personas que tendrían derecho a una indemnización material, la Comisión explica que es preciso tomar en consideración la estructura familiar de los maroons a la cual pertenecen los saramacas, tribu de las víctimas, y que es esencialmente matriarcal, en la cual es frecuente la poligamia. En Suriname los matrimonios deben registrarse para ser reconocidos por el Estado, pero por la escasez de oficinas de registro civil en el interior del país generalmente no lo son, lo cual, a criterio de la Comisión, no debería afectar el derecho a indemnización de los parientes o cónyuges de matrimonios no registrados. Se alega que el cuidado de los miembros de la familia está a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna, lo que debería tenerse en cuenta para determinar a qué familiares indemnizar. Los perjuicios personales directos de carácter pecuniario que dan derecho a obtener indemnización se deberían medir principalmente por el grado de dependencia financiera que existió entre el reclamante y el difunto. La nómina de las partes perjudicadas con derecho a ser indemnizadas fue parcialmente confeccionada por la Comisión con base en declaraciones juradas de parientes de las víctimas.”<sup>111</sup>.

La Corte fa riferimento al diritto consuetudinario *saramaka*, dato che i membri di questo gruppo non conoscono la legge surinamense e utilizzano un proprio sistema di regole. Da parte sua lo Stato non provvede a garantire i servizi basici che permettano l'applicazione

---

<sup>109</sup> CORTE IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname*, cit., par. 15.

<sup>110</sup> I *saramaka* sono uno dei sei gruppi in cui si divide il popolo indigeno dei *cimmarones*.

<sup>111</sup> *Ibidem*, par. 17.

delle leggi nazionali (come il registro civile per le nascite, i decessi e i matrimoni, tanto meno un tribunale per la risoluzione dei conflitti). Si può affermare che in questo senso il Suriname abbia indirettamente riconosciuto il diritto consuetudinario indigeno. La Corte a sua volta riconosce le regole del diritto di famiglia *saramaka*, per stabilire i discendenti e ascendenti delle vittime, nella misura in cui non siano contrarie alla CADH.

Un secondo aspetto rilevante di questa sentenza è che la Corte, sulle indicazioni della Commissione<sup>112</sup>, stabilisce delle misure non pecuniarie che abbiano però un valore significativo per i parenti delle vittime. Per quanto questa sentenza sia meno innovativa rispetto alle successive relative a questioni indigene, è comunque da sottolineare che segna un primo passo di notevole importanza per l'effettiva tutela dei diritti umani in America Latina attraverso nuove prospettive.

### 3.2.2. Il *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*: il riconoscimento del diritto alla terra ai popoli indigeni<sup>113</sup>

Uno dei casi più significativi è certamente quello della *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, nel quale, attraverso il diritto di proprietà<sup>114</sup> (individuale), la Corte IDH ha riconosciuto il diritto ai territori tradizionalmente occupati dalla comunità indigena (collettivo), obbligando lo Stato del Nicaragua a tracciarne i confini<sup>115</sup>. Questa sentenza è il primo riconoscimento del diritto alla terra di una comunità indigena da parte di un tribunale internazionale.

L'utilizzo delle terre abitate dalla comunità Mayagna nella *Región Atlántica Autónoma del Norte* (RAAN) è garantito in Nicaragua all'interno di uno spazio che viene gestito secondo le forme tradizionali di organizzazione. Più gruppi indigeni reclamano però le terre sulle

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, par. 20: "La Comisión expresa que las familias de las víctimas reclaman la adopción de medidas no pecuniarias tales como que el Presidente de Suriname se disculpe públicamente por los asesinatos y que los jefes de la tribu Saramaca sean invitados a concurrir al Congreso de Suriname para que se les presenten disculpas y que el Gobierno publique la parte dispositiva de esta sentencia. Se pide también que el Gobierno desentierre los cadáveres de las seis víctimas y sean devueltos a sus familias respectivas, que se dé el nombre de la tribu Saramaca a un parque, una plaza o una calle en un lugar prominente de Paramaribo y que el Gobierno investigue los asesinatos cometidos y castigue a los culpables".

<sup>113</sup> CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentenza del 31 agosto 2001.

<sup>114</sup> CADH, Art. 21.

<sup>115</sup> Vedere *infra*, III parte del progetto di ricerca.

quali vive la comunità Mayagna, che non ha un vero e proprio diritto di proprietà su queste aree. Il 5 gennaio del 1995 il *Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales* (MARENA) concede un permesso all'impresa *Sol de Caribe* (SOLCARSA) per utilizzare il legname della zona RAAN (62.000 ettari) per 30 anni<sup>116</sup>.

La comunità chiede alle autorità nicaraguensi di attivare un processo di delimitazione dei territori, al quale la comunità stessa possa prendere parte, per assicurare il proprio diritto di proprietà sui territori ancestrali e il diritto a essere consultata, insieme agli altri gruppi interessati. Esauriti i rimedi interni<sup>117</sup>, il caso viene portato di fronte alla Corte Interamericana dalla Commissione che sostiene che il Nicaragua ha violato gli articoli: 21 (diritto di proprietà); 25 (garanzie giudiziarie); 1 (obbligo di rispettare i diritti); 2 (effetti legali interni) della CADH.

I perni rivoluzionari della sentenza della Corte, che stabilisce che il Nicaragua dovrà delimitare i territori indigeni sono: il riconoscimento del diritto alla terra come diritto collettivo -grazie ad un'interpretazione ampia del diritto alla proprietà sancito nella Convenzione- e il riconoscimento del diritto consuetudinario dei popoli indigeni in causa.

La Corte ha dichiarato che i trattati a tutela dei diritti umani sono strumenti "vivi", la cui interpretazione dev'essere "evolutiva", ossia si deve adattare al trascorrere del tempo, in particolare alle mutevoli condizioni dell'esistenza<sup>118</sup>. In questo modo la Corte ha potuto giustificare l'interpretazione dell'art. 21 della CADH (diritto di proprietà), collegandolo all'art. 29 (b)<sup>119</sup>, secondo il quale nessun articolo della Convenzione può essere interpretato limitando la garanzia o l'esercizio di qualsiasi diritto o libertà riconosciuti

---

<sup>116</sup> Per un approfondimento sul caso e sulla legislazione nazionale del Nicaragua vedere BINDER, *The case of the Atlantic Coast of Nicaragua: The Awas Tigni Case, or realizing that a good legal system of protection of land rights is no guarantee of effective implementation*, in CASTELLINO & WALSH, *Indigenous peoples*, op. cit. pp. 247-265.

<sup>117</sup> La Corte Suprema di Giustizia nel febbraio del 1997 dichiara incostituzionale la concessione fatta alla SOLCARSA perché priva dell'autorizzazione del Consiglio Regionale del RAAN, quest'ultimo provvederà a ratificare il contratto nell'ottobre dello stesso anno.

<sup>118</sup> CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, cit., parr. 146-148.

<sup>119</sup> CADH, art. 29, *Normas de Interpretación*: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

dalle leggi degli Stati parti. Nel caso in questione la Costituzione del Nicaragua riconosceva l'esistenza dei popoli indigeni, all'art. 5:

“Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación.

[...] El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales, así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica, se establece el régimen de autonomía en la [...] Constitución. Las diferentes formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social.”<sup>120</sup>

Inoltre la legge del Nicaragua n. 28 del 30 ottobre 1987 stabiliva:

“La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica, y están sujetas a las siguientes disposiciones: 1. Las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles. 2. Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado.”<sup>121</sup>.

Il diritto di proprietà nella CADH è formulato in termini individuali, ma se, grazie all'art. 29 (b), non è possibile limitare un diritto garantito in termini più ampi dalla legislazione nazionale dello Stato parte allora:

“[la] Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> *Constitución Política de Nicaragua*, 1995, art. 5.

<sup>121</sup> Cfr. CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, cit., par. 150.

<sup>122</sup> *Ibidem*, par. 148.

La sentenza è di notevole portata perché la Corte stabilisce che il Nicaragua deve adottare tutte le misure legislative e amministrative per creare un meccanismo effettivo di delimitazione delle proprietà delle comunità indigene presenti sul territorio nazionale, in base al diritto consuetudinario, ai valori e agli usi di queste. In particolare, per il caso in esame questo processo di demarcazione dovrà avere luogo in un tempo massimo di 15 mesi con la piena partecipazione dei membri della Comunità Awas Tigni, periodo durante il quale il Nicaragua dovrà garantire che non vengano lesi i beni che si trovano nella zona geografica dove risiede la stessa comunità<sup>123</sup>.

Nel par. 46 della sentenza la Corte stabilisce che il diritto di proprietà nella CADH ha una portata differente rispetto alle definizioni di proprietà riscontrabili nel sistema nazionale e non è limitato da queste. La Corte specifica che i diritti di proprietà indigena non dipendono da un atto o da un titolo di Stato, ma esistono in virtù dell'occupazione e dell'utilizzo tradizionale dei territori da parte di questi gruppi, nonché dell'efficacia del diritto indigeno. Oltre a riconoscere quindi la natura indipendente e collettiva dei diritti di proprietà indigeni, la Corte vincola il diritto alla terra a ulteriori diritti culturali ed economici:

“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los

---

<sup>123</sup> Recentemente la situazione in Nicaragua è stata esaminata dal CERD, *Concluding Observations: Nicaragua*, CERD/C/NIC/CO/14, 19 giugno 2008, par 21: “The Committee acknowledges the measures recently adopted by the State party to implement the 2001 judgement of the Inter-American Court of Human Rights in the Awas Tingni case, but remains concerned at the constant delays in the demarcation and land titling of the traditional territory of the Awas Tingni community. In this respect, the Committee expresses its concern at the further delay in the land titling of the community’s territory, reportedly as a result of land disputes with neighbouring communities when, in accordance with the procedure in force, these disputes should already have been settled. The Committee is also concerned because the lengthy delay in the implementation process has led to illegal incursions into the territory of the Awas Tingni by non-indigenous settlers and woodcutters, causing serious damage to the lands and resources of the Awas Tingni (art. 5 (b)). The Committee urges the State party to proceed immediately with the demarcation and land titling of the lands of the Awas Tingni community, without prejudice to the rights other communities may have in accordance with the criteria established in the judgement of the Inter-American Court of Human Rights and in general recommendation XXIII (para. 5). The Committee further requests the State party to include in its next periodic report information on the stage reached in the process of demarcation and land titling of the Awas Tingni territory.” Vedere anche MACKAY, op. cit., p. 90

indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”<sup>124</sup>

In aggiunta la Commissione afferma anche che, data la natura della relazione che ha la Comunità Awas Tigni con i territori ancestrali e le risorse naturali, lo Stato è responsabile anche della violazione di altri diritti umani protetti dalla Convenzione Americana. In particolare la Commissione afferma che, ignorando e rifiutando la domanda territoriale del gruppo indigeno e dando in concessione l'utilizzo del legname delle foreste della zona geografica Awa Tigni senza il consenso della comunità, lo Stato ha violato una combinazione di articoli della Convenzione, tra i quali: 4 (diritto alla vita); 11 (tutela dell'onore e della dignità); 12 (libertà di coscienza e religione); 16 (libertà di associazione); 17 (protezione della famiglia); 22 (diritto di circolazione e residenza); 23 (diritti politici)<sup>125</sup>.

La Corte considera che in questo caso la Commissione non abbia argomentato la violazione di questi diritti, e per tanto non si pronuncerà su questi, ma dichiara la violazione degli artt. 25, 21 in connessione con gli artt. 1.1 e 2 della CADH<sup>126</sup>.

### 3.2.3. Il Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua*, cit., par. 149. Vedere anche nella stessa sentenza *La prueba: Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum*: “La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos”. Per quanto riguarda il legame spirituale e culturale specifico dei membri Awas Tigni con il proprio territorio vedere nella stessa sentenza il *Voto Razonado Conjunto* dei giudici Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burrelli.

<sup>125</sup> *Ibidem*, par. 156.

<sup>126</sup> *Ibidem*, par. 173.

<sup>127</sup> CORTE IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname*, sentenza del 10 settembre 1993.

Il caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* riguarda episodi verificatisi durante di 36 anni di conflitto interno guatemalteco (1962-1996). Gli anni più violenti di questo conflitto sono quelli dal 1978 al 1983, periodo nel quale la politica di risposta ai movimenti insorgenti nel paese - la “*Doctrina de Seguridad Nacional*”, portata avanti dalla giunta militare presieduta da José Efraín Ríos Montt- è stata caratterizzata da azioni militari destinate alla distruzione e trasferimento forzato di gruppi e comunità indigene sospetti di appoggiare la guerriglia.

L’esercito del Guatemala identificò i membri del popolo indigeno maya come “nemici interni”, perchè potevano costituire la base sociale della guerriglia. Questi popoli, secondo la ricostruzione della *Comisión para el Esclarecimiento Histórico*<sup>128</sup>, sono vittime di massacri che portarono alla completa distruzione delle loro comunità e delle loro culture, delle istituzioni sociali, economiche e politiche. Nel 1990 si iniziò il processo di pace in Guatemala che giunge a termine nel 1996 con gli accordi tra il Governo e la *Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala* (UNRG) e l’istituzione della commissione di verità che consegnerà il rapporto finale nel 1999, dopo aver identificato 626 massacri<sup>129</sup>.

Nel caso specifico del massacro di *Plan de Sanchez* circa 60 uomini dell’esercito e delle PAC (*Patrullas de Autodefensa Civil*, gruppi paramilitari) arrivarono nel villaggio di Plan de Sanchez, prevalentemente abitato da Maya Achí. Molti uomini della comunità si nascosero, lasciando donne e bambini, pensando che questi non sarebbero stati perseguitati. In realtà 20 ragazze tra i 12 e i 20 anni furono separate, violentate e assassinate. Allo stesso modo anche i bambini e le bambine furono uccisi a colpi. Il resto delle persone prese furono rinchiusi in due case e lì assassinate a colpi di mitraglia, in seguito l’esercito diede fuoco alle due case e ai corpi. Morirono 268 persone. La maggioranza di etnia maya. Le vittime non erano riconoscibili e i superstiti dovettero seppellirle, sotto minaccia, in una fossa comune nello stesso luogo del massacro. Le PAC in seguito distussero tutti i beni della comunità, le case, i documenti di identità e di proprietà delle terre, così i sopravvissuti lentamente dovettero abbandonare la zona e molti di loro morirono durante il trasferimento. Solo nel 1987 una ventina di famiglie ritornò a vivere nel paese, sotto la minaccia però di mantenere il silenzio sull’accaduto e con

---

<sup>128</sup> Vedere il rapporto finale della COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTORICO, cfr. ROSSI, *Guatemala: Memoria del Silencio*, op.cit..

<sup>129</sup> CORTE IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, cit., *Hechos Establecidos*, par. 42 ss.

l'obbligo di arruolare gli uomini delle famiglie nelle PAC, fino al 1996<sup>130</sup>. Solo nel 1992 i famigliari delle vittime poterono denunciare i fatti accaduti 10 anni prima, ma tutti i tentativi di attivare la giustizia nazionale fallirono.

Nel 2004 i rappresentanti del Guatemala, in udienza pubblica di fronte la Corte Interamericana, hanno affermato la responsabilità dello Stato per i fatti accaduti in Plan de Sanchez e hanno chiesto perdono alle famiglie delle vittime. Ammettendo la propria responsabilità internazionale, il Guatemala si è riconosciuto colpevole di violazioni degli articoli: 1(1) (obbligo di rispettare i diritti); 5 (1) e (2) (diritto a un trattamento umano); 8 (1) (garanzie giudiziali) ; 11 (diritto al rispetto dell'onore e alla dignità); 12(2) e (3) (libertà di coscienza e religione); 13 (2) e (5) (libertà di pensiero ed espressione); 16 (1) (libertà di associazione); 21 (1) e (2) (diritto alla proprietà privata); 24 (non discriminazione) e 25 (protezione giudiziale) della CADH.

In questa sentenza è di fondamentale importanza per la Corte stabilire, oltre ai risarcimenti pecuniari, delle riparazioni per i danni immateriali che abbiano un significato simbolico e che riscattino la memoria dei fatti accaduti e delle persone coinvolte<sup>131</sup>. La Corte dimostra inoltre una particolare attenzione e sensibilità per l'identità maya delle vittime e per i principi culturali, sociali e spirituali che caratterizzano questa etnia:

“Este Tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, par. 42.15 ss.

<sup>131</sup> *Ibidem*, *Reparaciones*, par. 80: “No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”.



antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres.”<sup>132</sup>

Tra le misure di riparazione alternative al risarcimento economico, la Corte stabilisce: rendere pubblico il riconoscimento della responsabilità da parte dello Stato e che lo Stato stesso formuli una richiesta ufficiale di perdono per ciascuno dei famigliari delle vittime; l’obbligo di indagine, la ricerca della verità e la punizione degli autori intellettuali e materiali dei delitti perpetrati; lo Stato deve adottare misure per recuperare e rafforzare la trasmissione della cultura maya basata sulla tradizione orale e quindi lesa dall’omicidio degli anziani della comunità; creare dei programmi di salute familiare e comunitaria; creare programmi di riabilitazione per le vittime di abusi sessuali in collaborazione con le donne della comunità; creare un fondo per le vittime del massacro che sia volto alla ricostruzione dei servizi e a programmi educativi e di formazione all’interno del paese; tradurre la sentenza della Corte in lingua Maya Achi<sup>133</sup>.

#### 3.2.4. Il Caso *Comunidad Moiwana v. Suriname*<sup>134</sup>

Il 29 novembre del 1986, durante un conflitto interno decennale in Suriname<sup>135</sup>, alcuni membri delle forze armate attaccarono il villaggio N’djuka della comunità dei Moiwana e uccisero 39 persone tra uomini, donne e bambini, bruciarono il paese e costrinsero i sopravvissuti a fuggire. La maggior parte si è rifugiata nella Guayana francese. I sopravvissuti non riuscirono a recuperare i corpi dei famigliari, di conseguenza non poterono realizzare i riti funebri che sono di importanza fondamentale nella cultura N’djuka<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, par. 85.

<sup>133</sup> *Ibidem*, par. 93 ss.

<sup>134</sup> CORTE IDH, *Caso Comunidad Moiwana v Suriname*, sentenza del 15 giugno 2005.

<sup>135</sup> Il 25 di febbraio del 1980 Desire Bouterse stabilì con un colpo di Stato un regime militare in Suriname durante il quale furono commesse violazioni di diritti umani gravi e sistematiche. Nel 1986 si creò una forza armata contraria al regime, il “Comando de la Jungla”, i cui membri erano per la maggior parte appartenenti all’etnia dei Maroon.

<sup>136</sup> CORTE IDH, *Caso Comunidad Moiwana v Suriname*, cit., par. 86.8: “Es extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado de una forma específica durante los rituales mortuorios N’djuka y debe ser colocado en el sitio de sepultura del grupo familiar apropiado. Sólo aquellos que han sido considerados malvados no reciben un entierro honorable. Asimismo,

La Corte nella sentenza sottolinea che la giustizia e la responsabilità collettiva sono principi centrali all'interno della società N'djuka. Se si causa un danno a un membro della comunità, i famigliari di questo sono obbligati a vendicare l'offesa subito. Se qualcuno uccide un individuo, gli N'djuka credono che il suo spirito sarà incapace di riposare finché non venga fatta giustizia, vale a dire che finché l'offesa non viene riparata, gli spiriti dei morti possono tormentare i famigliari dei vivi<sup>137</sup>.

Anche in questo caso la Corte ritiene necessario sottolineare il rapporto della comunità indigena, vittima dei fatti, con il proprio territorio ancestrale:

“La relación de la comunidad N'djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material. Para que la cultura mantenga su integridad e identidad, los miembros de la comunidad deben tener acceso a su tierra de origen. Los derechos a la tierra en la sociedad N'djuka existen en varios niveles, y van desde los derechos de la comunidad entera hasta los del individuo. Los derechos territoriales más amplios están depositados en todo el pueblo, según la costumbre N'djuka; los miembros de la comunidad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables.”<sup>138</sup>

La Corte dichiara il Suriname responsabile di aver violato gli articoli della Convenzione: 5(1) e (2) (diritto a un trattamento umano); 8 (garanzie giudiziali); 21 (diritto di proprietà);

---

en todas las sociedades Maroon la cremación se considera muy ofensiva” e par. 86.9: “Si no se efectúan los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N'djuka, esto es considerado una transgresión moral, la cual no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros fallecidos de la comunidad. Lo anterior tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual”, las cuales se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden, potencialmente, afectar el linaje completo. Los N'djuka consideran que dichas enfermedades no se curan espontáneamente, sino que se deben resolver a través de medios culturales y ceremoniales; si no fuera así, las consecuencias negativas persistirían por generaciones”. Cfr. Il voto *razonado* del giudice Cançado Trindade e la configurazione del “danno spirituale” (parr. 71-81): “Me atrevería a conceptualizarlo como un *daño espiritual*, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El *daño espiritual* no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, por primera vez en la historia, a mi leal entender. Esta nueva categoría de daño,- como lo percibo,- comprende el principio de la humanidad en una dimensión temporal, e incluye a los vivos en sus relaciones con los muertos y a los aún no nacidos, de las futuras generaciones. (...)”. Lo stesso Cançado Trindade in riferimento al suo voto parla di “right to a project of after life” oltre al “right to a project of life”, in CANÇADO TRINDADE, *The Right to cultural identity*, in YEE, MORIN, *Multiculturalism*, op. cit., p. 492.

<sup>137</sup> *Ibidem*, par. 86.10.

<sup>138</sup> *Ibidem*, par. 86.6.

22 (libertà di movimento e residenza) e 25 (protezione giudiziale); 1 (obbligo di rispettare i diritti).

Di particolare interesse sono alcune considerazioni della Corte in relazione agli articoli 22 e 21 della Convenzione. Si denota una sempre più preponderante attenzione alla cultura indigena e alla legittimazione dei differenti sistemi socio-culturali che caratterizzano questi gruppi all'interno di un ordinamento nazionale distinto.

Per sottolineare la violazione da parte del Suriname della libertà di movimento e residenza, il tribunale internazionale afferma che, nonostante non vi sia una legge statale che neghi questi diritti, esiste una restrizione *de facto* per i membri della comunità N'djuka, che impedisce loro il ritorno nel proprio territorio. Secondo la cultura N'djuka, la comunità deve ottenere giustizia per i fatti accaduti il 20 novembre del 1986 per placare gli spiriti dei famigliari e purificare la terra tradizionale, in secondo luogo non devono temere che la propria comunità possa essere nuovamente attaccata<sup>139</sup>.

Per quanto riguarda il diritto di proprietà dei territori<sup>140</sup>, la Corte fa riferimento all'interpretazione ampia di proprietà già esemplificata nella precedente giurisprudenza e afferma che, nonostante né i membri individualmente né la comunità collettivamente abbiano un titolo legale sulle terre in questione, è sufficiente per gli indigeni il possesso di queste per ottenere il riconoscimento ufficiale come proprietari, dato lo stretto vincolo (una "relazione onnicomprensiva") che mantengono con la terra, quale base fondamentale delle loro culture, della loro vita, sopravvivenza e sviluppo economico<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, par. 118 e ss: "En resumen, sólo cuando se obtenga justicia por los hechos del 29 de noviembre de 1986 los miembros de la comunidad podrán: 1) aplacar a los espíritus enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional; y 2) dejar de temer que se hostilice a su comunidad. Esos dos elementos, a su vez, son indispensables para el regreso permanente de los miembros de la comunidad a la aldea de Moiwana, que muchos – si no todos – desean. La Corte nota que Suriname ha objetado que los miembros de la comunidad hayan sufrido restricciones a su circulación o residencia; al respecto, el Estado afirma que pueden circular libremente a través del territorio del país. Sin perjuicio de que pueda existir en Suriname una norma que establezca este derecho, sobre lo cual esta Corte no ve necesidad de pronunciarse, en este caso la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción de facto muy precisa, que se origina en el miedo fundado descrito anteriormente, que los aleja de su territorio ancestral."

<sup>140</sup> Si deve sottolineare che la Costituzione del Suriname non riconosceva i popoli indigeni come persone giuridiche, nè prevede diritto collettivi sulle proprietà delle terre, *ibidem*, par. 86.5: "a pesar de que a los miembros individuales de las comunidades indígenas y tribales se les reconoce como personas en la Constitución de Suriname, el ordenamiento jurídico del Estado no reconoce tales comunidades como entidades jurídicas. Igualmente, la legislación nacional no establece derechos colectivos a la propiedad."

<sup>141</sup> *Ibidem*, parr. 130 e 131: "Las partes en el presente caso están de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tienen un título legal formal – ni colectiva ni individualmente – sobre sus tierras tradicionales en la aldea de Moiwana y los territorios circundantes. Según lo manifestado por los representantes y por Suriname, el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que ningún particular o sujeto colectivo tiene título oficial sobre dichos terrenos. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades

### 3.2.5. Il Caso *YATAMA v. Nicaragua*<sup>142</sup>

La prima sentenza in cui la Corte si pronuncia sul diritto alla partecipazione alla vita politica dei popoli indigeni<sup>143</sup> è quella del 2005, *YATAMA v. Nicaragua*. YATAMA (YAPTI TASBA NANIH ASLATAKANKA, ovvero in miskito “organizzazione dei figli della madre terra”) è un’organizzazione indigena che nasce nel 1970 e ha tra i suoi obiettivi difendere i territori e le risorse naturali, lo sviluppo economico e promuovere una democrazia comunitaria nella democrazia. Tradizionalmente era un’associazione a “sottoscrizione popolare”, secondo gli usi e le forme di organizzazione comunitari. Nel 2000 la nuova legge elettorale (n.331), cambiando i requisiti precedenti, non permise alle organizzazioni a sottoscrizione popolare di partecipare al processo di candidatura, ammettendo solo la figura dei partiti politici (non propria delle comunità indigene). Di conseguenza YATAMA si costituì come partito “etno-politico” e il Consiglio Supremo Elettorale lo riconobbe come tale. A seguito però di una serie di traversie e ricorsi interni il Consiglio Supremo Elettorale, decise che YATAMA non poteva partecipare alle elezioni del 5 novembre del 2000 senza dare una motivazione esplicita, provocando così un astensionismo tra gli elettori indigeni dell’80%.

---

indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>72</sup>. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”.

<sup>142</sup> CORTE IDH, *Caso YATAMA v. Nicaragua*, sentenza del 23 giugno 2005.

<sup>143</sup> CADH, art. 23: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”.

La Corte ritiene che il Nicaragua è responsabile di aver violato gli articoli: 8(1) (diritto alle garanzie legali); 23 (diritto a partecipare alla vita politica); 24 (uguaglianza); 25 (protezione giudiziale); 1 (obbligo di rispettare i diritti); 2 (effetti legali interni)<sup>144</sup>.

In particolare per quanto riguarda l'art. 23, che connette al principio internazionale di *jus cogens* di non discriminazione<sup>145</sup>, la Corte si pronuncia in questo modo:

“La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA.”<sup>146</sup>.

La Corte riconosce così le forme di organizzazione indigena, impone allo Stato di modificare la legge elettorale affinché i gruppi indigeni possano adempiere ai requisiti necessari per la candidatura senza dover snaturare i propri sistemi di rappresentazione. La Corte individua come vittime i candidati dell'organizzazione YATAMA e stabilisce le riparazioni pecuniarie per i danni materiali e immateriali subiti, accompagnate da una serie di misure di genere differente, a beneficio di tutte le comunità indigene nicaraguensi:

- rendere pubblica la sentenza, anche nelle lingue indigene;

---

<sup>144</sup> CORTE IDH, *Caso YATAMA v. Nicaragua*, cit., par. 170: “El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención<sup>150</sup>. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.”.

<sup>145</sup> *Ibidem*, par. 184 ss. Vedere anche WESSENDORF, *Challenging Politics, Indigenous Experiences with Political Parties and Elections*, IWGIA, Copenhagen, 2001; IVISON, PATTON & SANDERS, *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, 2000.

<sup>146</sup> *Ibidem*, par. 218.

- adottare delle misure di legge per stabilire un processo di ricorso rapido ed effettivo contro le decisioni del Consiglio Supremo Elettorale;
- riformare la legge elettorale n. 331 del 2000.

### 3.2.6. Il Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*<sup>147</sup>

Nel 2005 la Corte si è pronunciata sul caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, nato dalle rivendicazioni dei territori ancestrali da parte del gruppo indigeno, che era stato forzatamente trasferito, a causa delle condizioni di estrema povertà degli individui Yakye Axa.

Il diritto ancestrale alla terra prevale, secondo la giurisprudenza precedente della Corte IDH, sulla proprietà privata, tanto più che viene ricollegato dalla Commissione al diritto alla vita, all'identità etnica, alla cultura, all'integrità e alla sopravvivenza della comunità indigena<sup>148</sup>. La stessa Costituzione del Paraguay riconosce i diritti territoriali dei popoli indigeni. Nel presente caso quindi la Corte non deve decidere per il riconoscimento dei diritti territoriali dei popoli indigeni, perché c'è un consenso tra le parti nell'affermare che la normativa nazionale consacra questi diritti: ciò che la Corte deve valutare è la realizzazione effettiva degli stessi.

<sup>147</sup> CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentenza del 17 giugno 2005.

<sup>148</sup> La Costituzione del Paraguay prevede alcuni articoli a riguardo: Art. 62 - DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS *Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo*; Art. 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA *Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena*; Art. 64 - DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA *Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos*; Art. 65 - DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN *Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales*; Art. 66 - DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA *El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural*.

La Corte, nonostante non riconosca che vi siano prove sufficienti e dirette per la violazione del diritto alla vita, così come segnalato dalla Commissione, dichiara la violazione del diritto di proprietà (art. 21) e degli articoli 8 e 25 (garanzie giudiziarie).

Viene data un'interpretazione molto ampia del concetto di "proprietà" tutelato dall'art. 21:

“(...) la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”<sup>149</sup>

I beneficiari delle riparazioni saranno i membri della *Comunidad Yakye Axa* individualmente e collettivamente nel suo insieme l'intera comunità.

Vengono stabilite delle misure di riparazione oltre al risarcimento pecuniario. Il Paraguay dovrà:

- consegnare le terre in causa a titolo gratuito alla comunità Yakye Axa e prevedere l'abilitazione dei servizi basici in queste zone per garantire la salute, l'istruzione e la sopravvivenza dei membri della comunità.
- Proteggere le terre della comunità al fine di evitare che si usurpino le risorse naturali, in particolare i boschi, e proibire interferenze nelle attività tradizionali.
- Adottare norme di diritto interno che tutelino i diritti riconosciuti nella legislazione nazionale a favore dei popoli indigeni. In particolare lo Stato dovrà stabilire un ricorso interno che permetta di reclamare i territori ancestrali.
- Ammettere la propria responsabilità per la violazione dei diritti umani della comunità Yakye Axa in un atto pubblico.

---

<sup>149</sup> CORTE IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, cit., par. 137. Vedere anche il caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, cit, par. 144.

### 3.2.7. Il Caso *Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay*<sup>150</sup>

Alla fine del XIX secolo grandi porzioni della terra del Chaco paraguayano furono acquistate da impresari britannici, come conseguenza del debito del Paraguay in seguito alla cosiddetta guerra della “Triplice Alleanza”. Questi territori furono così divisi e venduti senza che le popolazioni residenti ne avessero conoscenza. Si installarono successivamente varie missioni della Chiesa Anglicana, tra cui la “South American Missionary Society” con lo scopo di iniziare il processo di evangelizzazione degli indigeni<sup>151</sup>.

L’economia degli indigeni del Chaco era basata sulla caccia, la pesca e le comunità erano nomadi, vivevano nella natura muovendosi in un ampio territorio. Con il passare degli anni, a seguito anche della guerra del Chaco tra Bolivia e Paraguay (1933-1936), aumentò la presenza “non indigena” sul territorio e si formarono delle imprese agricole che iniziarono ad assumere gli indigeni. Questi indigeni diventavano “impiegati” dei nuovi proprietari terrieri: furono indotti a un processo di sedentarizzazione, cambiarono i modi di vivere e le pratiche di sussistenza, vennero loro imposti sempre maggiori restrizioni alle attività tradizionali della caccia e della pesca, in modo da renderli sempre più dipendenti dal lavoro salariato.

La comunità Sawhoyamaxa, che raggruppava gli abitanti di differenti villaggi della zona del Chaco, iniziò il processo di rivendicazione delle proprie terre nel 1991. Gli indigeni decisero di uscire dai terreni agricoli dei proprietari per i quali erano sostanzialmente “costretti” a lavorare e si stanziarono in due aggruppamenti, “Santa Elisa” e “Km 16”, di fronte alle terre rivendicate, al lato di una strada. Secondo un censimento effettuato nel 2006, la comunità Sawhoyamaxa era composta da 407 membri divisi in 83 gruppi famigliari. Le terre che reclamavano erano quelle occupate tradizionalmente dai loro avi e costituivano il loro *habitat* naturale, erano adeguate per permettere le attività di caccia, pesca e coltivazioni necessarie per la sussistenza e sopravvivenza di questi popoli.

I capi della comunità Sawhoyamaxa presentarono le proprie rivendicazioni di fronte agli organi amministrativi e al *Congreso Nacional* del Paraguay fino all’esaurimento dei rimedi interni nel 2003.

All’interno dei grandi possedimenti terrieri, i Sawhoyamaxa vivevano in una situazione di povertà estrema, caratterizzata dagli scarsi servizi di sanità, istruzione, dallo sfruttamento

---

<sup>150</sup> CORTE IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, sentenza del 29 marzo 2006.

<sup>151</sup> *Ibidem*, parr. 73.1 ss.



del lavoro e dalle restrizioni relative all'opportunità di possedere coltivazioni e bestiame proprio e praticare liberamente le attività tradizionali per la sussistenza. Tale situazione peggiorò durante gli anni di rivendicazione delle terre da parte della comunità, che per questo si trasferì ai bordi di una strada, in condizioni di vita precarie, fino alla risoluzione del conflitto<sup>152</sup>.

La Corte giunge alla chiara conclusione che:

“La falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria y las graves condiciones de vida en que permanecen los miembros de la Comunidad les han ocasionado sufrimiento y han perjudicado la preservación de sus formas de vida, costumbres e idioma”<sup>153</sup>.

La Corte dichiara il Paraguay responsabile per non aver garantito il diritto alla vita ai membri Sawhoyamaxa, quindi per non essersi attivato nella tutela di questo diritto e aver lasciato che la comunità vivesse senza servizi basilari indispensabili per la sopravvivenza, causando così la morte di 31 individui dal 1991 al 2003, tra i quali 20 bambini e bambine. Lo Stato viene accusato di “non essersi attivato” per la garanzia dei diritti umani dei Sawhoyamaxa, nonostante dal 1994 fosse venuto a conoscenza del fatto che gli indigeni nei grandi possedimenti terrieri vivessero in uno stato di “schiavitù moderna”<sup>154</sup>. Allo stesso modo la Corte ritiene che sia stato violato anche l'art. 5.1 della Convenzione (integrità personale).

La Corte stabilisce, oltre al risarcimento pecuniario per i danni materiali e immateriali, altre forme di riparazione:

- la restituzione delle terre dell'*habitat* tradizionale alla comunità indigena e la tutela delle risorse naturali;
- l'istituzione di un fondo per il pagamento delle terre in questione;
- l'abilitazione di servizi basilari per la salute e l'istruzione;
- realizzare una campagna per la registrazione dei documenti;
- istituire un meccanismo per seguire l'esecuzione delle riparazioni stabilite.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, par. 73.63.

<sup>153</sup> *Ibidem*, par. 73 e 75.

<sup>154</sup> *Ibidem*, par. 158.

#### 4. Osservazioni conclusive

Comparando la giurisprudenza riportata nel presente capitolo, si può riscontrare un “paradosso” sul quale è necessario richiamare l’attenzione. La *Carta Africana* stabilisce sei diritti fondamentali per i popoli attraverso una formulazione collettiva degli articoli corrispondenti (artt. 19-24). Al contrario nel sistema interamericano per la tutela dei diritti dell’uomo, al pari di quello europeo, si possono trovare solo diritti individuali. Si è potuto analizzare, e si vedrà anche nei capitoli a seguire, come i diritti collettivi siano stati ritenuti essenziali per la tutela dei popoli indigeni, ma nella pratica la giurisprudenza che è risultata più efficace nella tutela di questi popoli è basata sul tradizionale sistema di diritti umani individuali. L’esperienza africana, al di fuori della debolezza strutturale di questo sistema regionale di tutela dei diritti umani, ha dimostrato anche le difficoltà procedurali e contenutistiche nelle quali si può incorrere se si fa riferimento alla dimensione “collettiva” dei diritti umani per tutelare i popoli indigeni.

I punti da prendere in considerazione sono essenzialmente due: l’incertezza del termine “popolo” nel momento in cui si verifichi una violazione dei diritti previsti sotto forma di diritti collettivi, con la conseguenziale difficoltà per stabilire quali siano i soggetti legittimati a presentare ricorso contro tali violazioni; e la difficile definizione dei contenuti di tali diritti oltre che delle possibili misure di riparazione.

La Corte IDH, attraverso un’interpretazione evolutiva tipica della materia dei diritti umani, ha sviluppato la tutela dei diritti collettivi partendo, in ogni caso, dall’essere individuo quale centro di “relazioni” (il resto della comunità di appartenenza) e “vincoli” (con il territorio e l’ambiente dove vive) fondamentali per la propria sopravvivenza. Questo approccio si è dimostrato certamente più efficace alla luce dei casi analizzati. La Corte IDH, anche per quanto riguarda le misure di riparazione per la violazione dei diritti dei popoli indigeni in America latina, ha cercato di conciliare quella che si può definire una “prospettiva occidentale” (incentrata sulla riparazione all’individuo) del diritto a quelle specifiche visioni di “ristabilimento della giustizia” che caratterizzano i popoli indigeni (tendenti ad assicurare delle forme di riparazione collettive e comunitarie). A tale scopo la Corte IDH intende la necessità di dare un valore prioritario al legame delle comunità indigene con i territori ancestrali e viene tutelato il vincolo secolare con la “terra” di

appartenenza, benché non esistano articoli specifici della CADH che lo tutelino. Allo stesso modo, tra le riparazioni, è facile evidenziare l'importanza delle cerimonie pubbliche per il riconoscimento delle colpe di Stato nei confronti di individui indigeni e la necessità di promuovere politiche che possano rimediare alle ingiustizie subite, azioni nel rispetto delle culture indigene, nel campo dell'istruzione, della salute e della partecipazione democratica. La Corte Interamericana riesce ad andare oltre: i popoli indigeni non vengono più considerati come una "specie" da tutelare, ma come soggetti di diritto aventi una personalità giuridica collettiva che deve essere rispettata nel suo sistema organizzativo, economico e sociale. A riguardo è di particolare interesse l'opinione del giudice Cançado Trindade nel caso *Comunidad Moiwana v. Suriname*, in cui sostiene la personalità giuridica dei popoli indigeni nel diritto internazionale partendo dal presupposto che:

"(...) dos siglos antes de que Suriname lograra su condición de estado, las comunidades Maroon celebraban los acuerdos de paz con las autoridades coloniales, posteriormente renovadas y obtenían, de este modo, su libertad de la esclavitud. Los Maroon,- en especial, los N'djuka,- consideran estos tratados aún válidos y con autoridad en las relaciones con el estado sucesor, Surinam. Esto significa que esas personas ejercieron su cualidad de persona legal en el derecho internacional mucho tiempo antes de que el territorio que habitaban adquiriera su condición de estado. Esto refuerza la tesis que siempre he apoyado, es decir, que los Estados no son y nunca han sido, los sujetos únicos y exclusivos del derecho internacional."<sup>155</sup>

Il giudice prosegue ricordando che i titolari dei diritti sono gli esseri umani, come "soggetti del diritto internazionale". I diritti tutelati possono presentare una dimensione individuale o collettiva, ma i soggetti restano gli esseri umani. La Corte IDH adottò questa posizione, senza precedenti tra i tribunali internazionali, nella sentenza *Mayagna (Sumo) Awas Tigni*

---

<sup>155</sup> CORTE IDH, Caso *Comunidad Moiwana v. Suriname*, cit., voto *razonado* del Giudice C. Trindade, par. 6. Segue par. 7: "El positivismo forjó esta visión puramente inter- estatal, a partir del reduccionismo de Vattel, a mitad del siglo XVIII, y se puso en boga a finales del siglo XIX y principios del XX, con sus conocidas consecuencias desastrosas- las próximas atrocidades perpetradas en las distintas regiones del mundo contra los seres humanos, de forma individual y colectiva- que marcaron la trágica y aberrante historia del siglo XX. Sin embargo, desde sus orígenes históricos en el siglo XVI, el derecho de gentes (*droit des gens*, derecho de gentes, *direito das gentes*) abarcó no sólo a los estados sino que a los pueblos y al ser humano (en forma individual o grupal) y a la humanidad en su conjunto."

v. *Nicaragua* (2001) nella quale, sulla base dell'art. 21 della CADH venne garantito il diritto alla terra di un popolo indigeno affermando<sup>156</sup>:

“la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino, más bien, un elemento material y espiritual que deberían poder gozar en su totalidad, para preservar, de este modo, su legado cultural y transmitirlo a futuras generaciones.”<sup>157</sup>

In questo senso, gli sforzi delle Nazioni Unite e della OAS a partire dagli anni '90, per il riconoscimento dei diritti delle comunità indigene attraverso lo strumento delle Dichiarazioni<sup>158</sup>, sulla base di principi fondamentali come il diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione, sono, secondo Trindade, nati dalla coscienza dell'essere umano. In questi sforzi l'umanità riconosce il debito storico con i popoli indigeni, conseguenza dei crimini commessi nel passato<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> *Ibidem* par. 10.

<sup>157</sup> CORTE IDH, Caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua*, cit, par.141.

<sup>158</sup> Vedere *infra*, cap. V.

<sup>159</sup> CORTE IDH, Caso *Comunidad Moiwana v. Suriname*, cit., voto *razonado* del Giudice C. Trindade, par. 11.

## IV CAPITOLO

### **STRUMENTI GIURIDICAMENTE VINCOLANTI A TUTELA DEI POPOLI INDIGENI: LE CONVENZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO**

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella garanzia dei diritti dei popoli indigeni. - 2. Struttura e meccanismi di supervisione della OIL. - 3. Un primo passo verso la garanzia dei diritti dei popoli indigeni: la Convenzione OIL n. 107 del 1957. - 3.1. I soggetti titolari dei diritti stabiliti dalla Convenzione OIL n. 107 e l'affermazione dei loro diritti fondamentali attraverso il sottile equilibrio tra "integrazione" e "protezione". - 3.2. I diritti territoriali nella Convenzione OIL n. 107. - 4. La Convenzione OIL n. 169 e la svolta nella tutela dei diritti dei popoli indigeni. - 4.1. Soggetti e principi generali. - 4.2. I diritti territoriali e relative garanzie previste dalla Convenzione OIL n. 169. - 4.3. Altre disposizioni della Convenzione OIL n. 169. - 5. L'impatto della Convenzione OIL n. 169 sugli ordinamenti nazionali: il riconoscimento dei diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati parte. - 6. I diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati che non sono parte della Convenzione OIL n. 169.

#### **1. Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella garanzia dei diritti dei popoli indigeni**

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) fu creata nel 1919 e divenne la prima agenzia specializzata delle Nazioni Unite nel 1946. La sua missione è quella di migliorare le condizioni di vita e di lavoro a livello mondiale, senza discriminazioni di razza, genere o origine sociale<sup>1</sup>.

L'attenzione della OIL per i popoli indigeni nasce già nel 1920, a seguito di un'analisi della situazione dei lavoratori delle zone rurali, tra i quali molti erano appunto indigeni. Inizialmente l'azione dell'organizzazione si sviluppa su due livelli: da una parte viene adottata una serie di convenzioni per tutelare i lavoratori<sup>2</sup>, disciplinando le condizioni di lavoro; dall'altra viene promossa una pratica di assistenza tecnica per casi specifici. In particolare in America Latina, tra il 1952 e il 1972, nell'ambito del *Andean Indian Programme* la OIL assiste, attraverso le proprie agenzie, circa 250.000 indigeni<sup>3</sup>.

Sulla base di questo intervento, la OIL evidenziava la necessità di creare uno strumento legale che individuasse dei parametri di riferimento precisi e specifici per la tutela delle

---

<sup>1</sup>OIL, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 [No.169]: a Manual*, Ginevra, 2005, p. 1.

<sup>2</sup> Tra cui: *Forced Labour Convention* n. 29, 1930; *Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention* n. 87, 1948; *Right to Organise and Collective Bargaining Convention* n. 98, 1949; *Equal Remuneration Convention* n. 100, 1951; *Abolition of Forced Labour Convention* n. 105, 1957; *Discrimination (Employment and Occupation) Convention*, n. 111, 1958.

<sup>3</sup> OIL, *ILO Convention*, op. cit., p. 3. Vedere anche RENS, *Le programme andin*, Bruxell, 1987.

popolazioni<sup>4</sup> indigene e tribali. Nel 1957 viene così adottata dall'OIL la *Convention on Indigenous and Tribal Populations* n. 107 (da ora Convenzione OIL n. 107), che fu ratificata da 27 Stati<sup>5</sup>, accompagnata dalla Raccomandazione n. 104<sup>6</sup>. Questi strumenti regolano tematiche fondamentali di politica e di amministrazione, di tutela delle leggi consuetudinarie, dei diritti territoriali dei popoli indigeni, e prevedono misure speciali relative al lavoro, alla sicurezza sociale, alla salute e all'istruzione, ai fini di ottenere trattamenti egualitari per i soggetti beneficiari.

Per quanto l'approccio del testo della Convenzione OIL n. 107 fosse quello prevalente dell'epoca, ossia sostanzialmente assimilazionista - per cui il processo di integrazione era visto come la soluzione a tutti i problemi legati ai popoli indigeni - alcuni autori sottolineano che:

“Considering that it was adopted in 1957, it went very far in recognizing the rights of minorities to maintain distinct identities within the States in which they lived. [...] In spite of its integrationist approach, Convention No. 107 exercised a very positive influence in many countries. The supervisory machinery of the ILO helped focus attention on serious abuses against indigenous peoples. In some cases it was a major

---

<sup>4</sup> Da sottolineare l'uso del termine “populations” nel testo della *Convention on Indigenous and Tribal Populations* n. 107. In realtà i termini “peoples” e “population” vennero utilizzati indifferentemente, a riguardo vedere SWEPTSON, *Indigenous People in International Law and Organizations*, in CASTELLINO e WALSH, op. cit., p. 53 ss.

<sup>5</sup> Per 18 di questi Stati è tutt'ora in vigore (Angola, Bangladesh, Belgio, Cuba, Repubblica Dominicana, Egitto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haiti, India, Iraq, Malawi, el Pakistan, Panama, Portogallo, Siria e Tunisia). La Convenzione OIL n. 107 non è più aperta alle firme e non è più in vigore per gli Stati che hanno ratificato la Convenzione OIL n. 169, 22 alla data: Norvegia (19 giugno 1990); Messico (5 settembre 1990); Colombia (7 agosto 1991); Bolivia (11 dicembre 1991); Costa Rica (2 aprile 1993); Paraguay (10 agosto 1993); Perù (2 febbraio 1994); Honduras (28 marzo 1995); Danimarca (22 febbraio 1996); Guatemala (5 giugno 1996); Olanda (2 febbraio 1998); Fiji (3 marzo 1998); Ecuador (15 maggio 1998); Argentina (3 luglio 2000); Repubblica Bolivariana del Venezuela (22 maggio 2002); Dominica (25 giugno 2002); Brasile (25 luglio 2002); Spagna (15 febbraio 2007); Nepal (14 settembre 2007); Cile (15 settembre 2008); Nicaragua (25 agosto 2010); Repubblica Centro Africana (30 agosto 2010).

<sup>6</sup> OIL, *Recommendation concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, R. 104, del 26/06/1957. Interessante l'art. 1 che definisce i soggetti cui si applicherà la R. 104: “This Recommendation applies to: (a) members of tribal or semi-tribal populations in independent countries whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by the other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) members of tribal or semi-tribal populations in independent countries which are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation and which, irrespective of their legal status, live more in conformity with the social, economic and cultural institutions of that time than with the institutions of the nation to which they belong. (2) For the purposes of this Recommendation, the term semi-tribal includes groups and persons who, although they are in the process of losing their tribal characteristics, are not yet integrated into the national community.”.

factor in the redress of abuses; in others, an additional element of creating international attention and pressure aimed at their continued survival and well-being. It also provided direction for a number of ILO technical assistance activities, particularly in Latin America, setting the stage for the much more active programmes now in place. It remains the only international convention protecting indigenous and tribal populations in a number of countries including India. Without Convention No. 107, there would never have been any international Convention on the subject, and Convention No. 169 would probably never have been adopted”<sup>7</sup>.

Lo spirito della Convenzione OIL n. 107, ben lontana dal riconoscere il diritto di una minoranza a mantenere un’identità distinta all’interno di uno Stato, presuppone al contrario la sparizione dei popoli indigeni come “gruppi separati”, una volta data a questi l’opportunità di prendere parte pienamente della società nazionale<sup>8</sup>.

L’adozione della Convenzione OIL n. 107 ha avuto conseguenze in parte positive, poiché il meccanismo di supervisione della OIL ha permesso di evitare seri abusi nei confronti di popoli indigeni, e in parte negative, in quanto la stessa ha giustificato e rafforzato le tendenze integrazioniste in numerosi paesi<sup>9</sup>. Attualmente resta in vigore per 18 Stati che non hanno ratificato la posteriore e sostitutiva Convenzione OIL n. 169 del 1989.

Dalla metà degli anni ’70 lo spirito della Convenzione OIL n. 107 inizia ad essere contestato dagli accademici e dalle organizzazioni internazionali non governative. La OIL convoca quindi a Ginevra un gruppo di esperti, affinché si proceda alla modifica della convenzione del 1957. La necessità di stabilire nuovi parametri idonei alla situazione dei popoli indigeni era stata prospettata a livello internazionale fin dal 1972, nella relazione del *Special Rapporteur*, Martínez Cobo<sup>10</sup>, il quale segnalava l’inadeguatezza della Convenzione del 1957 ed evidenziava che la Convenzione OIL n. 107 era l’unico strumento internazionale vincolante che tutelava di questo “gruppo”, cui appartenevano milioni di individui in tutto il mondo.

---

<sup>7</sup> SWEPTSON, *Indigenous People*, op. cit., p. 56. Vedere anche THRONBERRY, *Indigenous People*, op. cit., p. 326 ss.

<sup>8</sup> SWEPTSON, *A new step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: OIL Convention N. 169 of 1989*, in ANAYA, a cura di, *International Law and Indigenous Peoples*, Trowbridge, 2003, p. 129.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>10</sup> MARTINEZ COBO, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, op. cit.

Dal 1987 al 1989 si svolge un processo di revisione fino all'adozione della *Indigenous and Tribal Peoples Convention* n. 169 (Convenzione OIL n. 169)<sup>11</sup>, che sostituirà la precedente Convenzione OIL n. 107.

## **2. Struttura e meccanismi di supervisione della OIL**

Prima di analizzare i contenuti delle due Convenzioni OIL dedicate ai popoli indigeni, per capirne l'impatto sulle differenti realtà nazionali, è necessario soffermarsi sulla struttura della OIL e sui meccanismi di supervisione delle Convenzioni.

La conformazione della OIL è particolare e unica tra le agenzie delle Nazioni Unite: essa prevede infatti una struttura "tripartita", vale a dire costituita da governi, imprenditori e organizzazioni dei lavoratori. Scopo dell'organizzazione è quello di favorire il progresso sociale ed economico, coinvolgendo in un dialogo aperto - il cosiddetto "dialogo sociale" - le parti che hanno interessi nel mondo del lavoro.

All'interno degli organi decisionali, lavoratori ed imprenditori insieme hanno un peso pari a quello dei governi. Questo assicura che le norme internazionali del lavoro, le politiche e i programmi rispecchino il punto di vista di tutte le parti sociali.

La OIL è costituita da tre organi: la *Conferenza Internazionale del Lavoro*, che decide le linee politiche dell'organizzazione, adotta le Convenzioni, e produce le raccomandazioni, è formata da tutti i componenti (ognuno dei 183 Stati viene rappresentato da 4 delegati, di cui 2 per il governo, 1 per gli imprenditori e 1 per le organizzazioni dei lavoratori) e si riunisce una volta all'anno; il *Consiglio di Amministrazione*, composto da 28 rappresentanti governativi, 14 rappresentanti degli imprenditori e 14 dei lavoratori; e il Segretariato della OIL, l'*Ufficio Internazionale del Lavoro*, che ha sede a Ginevra, con uffici locali o regionali in oltre 40 paesi. Grazie a questa struttura alcuni capi indigeni poterono prendere parte alle discussioni all'elaborazione della Convenzione OIL n. 169 come rappresentanti delle organizzazioni dei lavoratori.

Le Convenzioni della OIL, a differenza di altri trattati internazionali, non ammettono riserve al momento della ratifica. Ogni paese segue il proprio processo di ratifica, la quale diventa effettiva sul piano internazionale solo a seguito della registrazione da parte della OIL; un anno dopo la registrazione, la Convenzione entra in vigore nel paese in questione.

---

<sup>11</sup> *Indigenous and Tribal Peoples Convention* n. 169, Ginevra, 16 giugno 1989.



Una volta che la Convenzione è entrata in vigore, lo Stato dovrà disporre tutte le misure necessarie per garantire l'adempimento degli obblighi previsti nel trattato<sup>12</sup>.

Gli Stati, dal momento in cui ratificano una convenzione della OIL, devono rispettare il meccanismo di supervisione regolare, il quale implica che periodicamente gli Stati parti sono obbligati a presentare dei rapporti sullo stato di attuazione del trattato e su qualsiasi problema si sia verificato in relazione alle questioni regolate dalle convenzioni. Il sistema di supervisione della OIL è stato definito "the most comprehensive international system for examining the implementation of international human rights standards"<sup>13</sup>.

Un ruolo fondamentale in questo meccanismo è svolto dalla *Commissione di Esperti per l'Applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni* (CEACR), costituita da 20 esperti indipendenti in materia di diritto del lavoro, nominati dal Consiglio di Amministrazione della OIL.

La CEACR esamina le relazioni degli Stati (ogni 5 anni) e annualmente produce a sua volta un documento pubblico. Se vi sono dei problemi ordinari nell'applicazione delle convenzioni può produrre delle *direct requests* (che non vengono pubblicate nel rapporto annuale, ma vengono inviate direttamente ai governi, alle organizzazioni dei lavoratori e imprenditori dei paesi interessati). Nel caso in cui si presentino dei problemi particolari, la CEACR emette delle *osservazioni* che sono invece pubblicate nel documento annuale oltre che inviate agli Stati interessati<sup>14</sup>. Per realizzare la valutazione sulle relazioni presentate dagli Stati la CEACR si avvale anche delle informazioni che forniscono le organizzazioni dei lavoratori e degli imprenditori, nonché di tutta l'informazione pubblica pertinente, come per esempio i documenti delle Nazioni Unite. I popoli indigeni non hanno un accesso diretto per presentare memorie agli organi della OIL, però possono trasmettere le proprie richieste, affinché vengano prese in considerazione, inviando informazioni direttamente verificabili dagli organi della OIL, per esempio: il testo di una legge, la pronuncia di un tribunale o documenti prodotti da altre agenzie delle Nazioni Unite; oppure possono

---

<sup>12</sup>La Convenzione indica tre processi: consultazione, partecipazione e azione governamentale coordinata e sistematica. Secondo gli art. 2 e 33 i Governi hanno l'obbligo di sviluppare, con la partecipazione dei popoli indigeni e tribali, un'azione coordinata e sistematica ai fini di proteggere i diritti di questi popoli garantiti nella Convenzione.

<sup>13</sup> SWEPSTON, *Human rights complaint procedures of the International Labour Organization*, in HANNUM, *Guide to International Human Rights Practice*, Filadelfia, 1992, pp. 99-116.

<sup>14</sup> La relazione annuale della CEACR viene analizzata dalla Commissione per l'Applicazione delle Norme (CAN), composta da rappresentanti dei governi e delle organizzazioni dei lavoratori e imprenditori, il cui compito principale consiste nell'esaminare l'applicazione delle convenzioni ratificate da un certo numero di paesi selezionato come base per le osservazioni dalla CEACR.

costituire delle alleanze con i sindacati e, attraverso questi, presentare le proprie osservazioni. Le organizzazioni dei lavoratori e degli imprenditori possono presentare memorie sull'applicazione delle Convenzioni in qualsiasi momento e in relazione a qualsiasi paese (non necessariamente il paese di appartenenza)<sup>15</sup>.

In aggiunta al meccanismo di supervisione regolare esistono dei procedimenti speciali per segnalare al sistema della OIL presunte violazioni delle Convenzioni. Il primo è quello stabilito dall'art. 24 della Costituzione della OIL, secondo il quale possono essere prodotte dalle organizzazioni dei lavoratori o degli imprenditori delle *representations*, attraverso le quali è possibile segnalare che determinate disposizioni dei trattati della OIL non sono state rispettate dai governi. Se le *representations* sono ritenute ammissibili, il Consiglio di Amministrazione nomina una Commissione Tripartita (costituita da un rappresentante del governo, uno dei lavoratori e uno degli imprenditori) che le esamina ed elabora una relazione contenente conclusioni e raccomandazioni, le quali vengono presentate a loro volta al Consiglio di Amministrazione affinché vengano adottate<sup>16</sup>. Per quanto riguarda l'applicazione della Convenzione OIL n. 169, dal 1989 sono state ricevute, alla data, *representations* in relazione ai paesi Argentina, Bolivia, Brasile, Colombia, Danimarca, Guatemala, Ecuador, Messico e Perù<sup>17</sup>.

Il secondo procedimento speciale è considerato il ricorso di fronte ai tribunali nazionali: quando l'ordinamento nazionale di un paese attribuisce forza di legge ai trattati internazionali ratificati, i tribunali dovranno basarsi direttamente sulle disposizioni del trattato per emettere la pronuncia<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> THORNBERRY, *Indigenous People*, op. cit. p. 325.

<sup>16</sup> Vedere la pagina web [www.ilo.org/ilolex](http://www.ilo.org/ilolex).

<sup>17</sup> Per approfondimenti: OIL, *Application of Convention no. 169 to Indigenous and Tribal Peoples by domestic and international courts in Latin America - a case book*, Ginevra, 2009.

<sup>18</sup> In America Latina, per esempio, la Convenzione OIL n. 169 è stata applicata dai tribunali nazionali dei diversi Stati parte in diverse sentenze, cfr. OIL, *Application of Convention no. 169*, cit., pp. 39-172.

### 3. Un primo passo verso la garanzia dei diritti dei popoli indigeni: la Convenzione OIL n. 107 del 1957

La Convenzione OIL n. 107, insieme alla Raccomandazione n. 104, è il primo strumento internazionale incentrato specificatamente sui diritti degli indigeni. Attualmente la Convenzione OIL n. 107 non è più aperta alle firme, essendo stata sostituita dalla Convenzione OIL n. 169, ma resta in vigore per 18 Stati. Uno degli aspetti positivi della Convenzione OIL n. 107 è il fatto che sia uno strumento vincolante: per la prima volta nell'ordinamento internazionale vengono previste delle disposizioni obbligatorie per gli Stati parte, a favore dei popoli indigeni. Durante i lavori preparatori alcuni Stati avevano proposto che venisse adottato uno strumento non vincolante, ma per maggioranza di voti opteranno per la soluzione contraria<sup>19</sup>. Il contenuto della Convenzione OIL n. 107 è particolarmente innovativo e radicale per i tempi in cui è stata redatta. In particolare il testo si può suddividere in otto parti: politiche generali (artt. 1-10); condizioni di lavoro (art. 15); formazione professionale, artigianato e imprese agricole (artt. 16-18); sicurezza sociale e sanità (artt. 19 e 20); amministrazione (art. 27); disposizioni generali (artt. 28-37). Alcuni Stati (Portogallo, Australia, Canada e Gran Bretagna<sup>20</sup>), durante i lavori preparatori, sostennero che la Convenzione OIL n. 107 includeva ambiti che erano al di fuori del mandato dell'organizzazione, ma secondo la *Declaration concerning the aims and purpose of the International Labour Organization*<sup>21</sup>, lo scopo dell'organizzazione comprende la tutela della giustizia sociale e dei diritti umani. Inoltre la UNESCO sottolinea, durante i lavori preparatori della Convenzione OIL n. 107, che le questioni legate alle popolazioni

---

<sup>19</sup> Vedere OIL, Conferenza Generale, Report VI (1), *Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, 40ma sessione, 1957, p. 43: 125 voti a favore di uno strumento vincolante, 1 contrario e 32 astenuti.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>21</sup> OIL, Conferenza Generale, 26ma sessione, *Declaration concerning the aims and purpose of the International Labour Organization*, 10 maggio 1944, par. II: "Believing that experience has fully demonstrated the truth of the statement in the Constitution of the International Labour Organization that lasting peace can be established only if it is based on social justice, the Conference affirms that: (a) all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity; (b) the attainment of the conditions in which this shall be possible must constitute the central aim of national and international policy; (c) all national and international policies and measures, in particular those of an economic and financial character, should be judged in this light and accepted only in so far as they may be held to promote and not to hinder the achievement of this fundamental objective; (d) it is a responsibility of the International Labour Organization to examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of this fundamental objective; (e) in discharging the tasks entrusted to it the International Labour Organization, having considered all relevant economic and financial factors, may include in its decisions and recommendations any provisions which it considers appropriate."

indigene sono “indivisibili”: difficilmente si possono separare gli aspetti culturali e antropologici dalla tutela degli altri diritti di questi gruppi<sup>22</sup>. Come si è visto *supra*, lo spirito della Convenzione del 1957 era quello specifico degli anni in cui è stata formulata, i concetti di sviluppo e giustizia sociale erano “sinonimi” di integrazione, assimilazione, rimozione di quelle culture “arretrate” che potevano comportare un ostacolo al progresso sociale ed economico di un popolo. Sulla base di questa impostazione ideologica, molti programmi di sviluppo promossi in quel periodo storico hanno compromesso la sopravvivenza dei popoli indigeni e le loro culture, ma alcune disposizioni della Convenzione del 1957 hanno anche tutelato alcuni dei loro diritti fondamentali, in particolare i diritti territoriali.

### **3.1. I soggetti titolari dei diritti stabiliti dalla Convenzione OIL n. 107 e l'affermazione dei loro diritti fondamentali attraverso il sottile equilibrio tra “integrazione” e “protezione”**

L'art. 1 della Convenzione OIL n. 107 definisce due categorie di destinatari dei diritti in essa stabiliti, i membri delle “popolazioni” tribali o semi-tribali, senza una presenza storica nel paese di appartenenza:

“members of tribal or semi-tribal populations in independent countries whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by the other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations.”<sup>23</sup>

e coloro i quali sono i discendenti degli abitanti di un paese precedenti a un periodo di conquista e colonizzazione:

“members of tribal or semi-tribal populations in independent countries which are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation and which, irrespective of their legal status, live more

---

<sup>22</sup> OIL, Report VI (1), *Protection and Integration*, cit., p. 6.

<sup>23</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 1(a).

in conformity with the social, economic and cultural institutions of that time than with the institutions of the nation to which they belong.”<sup>24</sup>

La seconda categoria si distingue dalla prima proprio per la relazione che gli individui in questione hanno con un particolare territorio, e grazie alla quale si possono definire “indigeni”. L’approccio dell’epoca è evidente già da questo primo articolo della Convenzione del 1957, dove vengono utilizzate espressioni come “less advanced stage” o “live more in conformity with the social, economic and cultural institutions of that time than with the institutions of the nation to which they belong”. In particolare si deve evidenziare che nel testo della Convenzione OIL n. 107 non viene menzionato il criterio di *autoidentificazione*, che sarà invece fondamentale nella Convenzione OIL n. 169.

Se si parte dal presupposto che i soggetti a cui fa riferimento la Convenzione OIL n. 107, nel testo stesso sono “inferiori” rispetto al resto della società, è evidente che lo stesso documento possa prevedere un articolo che promuove l’integrazione degli stessi, ai fine di garantire loro un livello di vita pari al resto dei cittadini dello Stato di appartenenza. L’art. 2 della Convenzione OIL n. 107 cerca di stabilire un equilibrio tra integrazione e protezione:

“Governments shall have the primary responsibility for developing co-ordinated and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries.

2. Such action shall include measures for

(a) enabling the said populations to benefit on an equal footing from the rights and opportunities which national laws or regulations grant to the other elements of the population;

(b) promoting the social, economic and cultural development of these populations and raising their standard of living;

(c) creating possibilities of national integration to the exclusion of measures tending towards the artificial assimilation of these populations.

3. The primary objective of all such action shall be the fostering of individual dignity, and the advancement of individual usefulness and initiative.

4. Recourse to force or coercion as a means of promoting the integration of these populations into the national community shall be excluded.”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, art. 1(b).

Durante i lavori preparatori della Convenzione del 1957, il Portogallo definì il termine “integrazione” come la progressiva incorporazione delle popolazioni indigene nella comunità nazionale attraverso misure volte a garantire loro gli stessi diritti e obblighi previsti per il resto dei cittadini. A tale scopo non sarebbe nemmeno stato necessario introdurre disposizioni speciali per incoraggiare e tutelare l’artigianato e le imprese locali, fattori che avrebbero potuto ostacolare l’integrazione nel sistema economico e sociale nazionale<sup>26</sup>. Una posizione molto più all’avanguardia venne assunta dall’URSS che sottolineò, nella stessa sede, l’importanza della “volontarietà” dell’integrazione: i popoli indigeni devono avere la possibilità di svilupparsi liberamente e la loro opinione deve essere tenuta in considerazione per quanto riguarda tutti le questioni inerenti un processo di integrazione<sup>27</sup>.

In realtà tutto il testo della Convenzione OIL n. 107 pone delle protezioni a favore degli indigeni, ma contemporaneamente le associa a dei limiti che saranno stabiliti esclusivamente dagli Stati. Un esempio per tutti è l’art. 7 che tutela i costumi e le istituzioni indigene “In defining the rights and duties of the populations concerned regard shall be had to their customary laws” alla condizione che “(...) these are not incompatible with the national legal system or the objectives of integration programmes”<sup>28</sup>.

Se questa impostazione ha permesso, da un lato, che gli Stati esercitassero un vero e proprio controllo arbitrario su alcune questioni relative ai popoli indigeni, è anche da notare che certe disposizioni della Convenzione del 1957 hanno fatto sì che alcuni aspetti vitali per la sopravvivenza di questi gruppi fossero tutelati. In primo luogo, attribuendo agli Stati “the primary responsibility for developing co-ordinated and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries”. La CEACR ha potuto vigilare anche sull’azione delle organizzazioni non governative e delle associazioni religiose e missionarie che in molti paesi hanno favorito un processo di assimilazione forzata oltre che la distruzione dei modelli di vita comunitari e delle culture e delle tradizioni indigene<sup>29</sup>. La CEACR si è

---

<sup>25</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 2.

<sup>26</sup> OIL Conferenza Generale, *Report VI(2)*, cit. p. 25.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>28</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 7 (2).

<sup>29</sup> In particolare si riferisce a questo fenomeno già Cobo nel suo rapporto del 1983, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, cit., par. 41.

potuta pronunciare, per esempio, in relazione alle attività missionarie in Paraguay nel 1991, richiamando lo Stato a intervenire sulla base dell'art. 2 della Convenzione OIL n. 107:

“It is evident at the same time from the information available that non-governmental organisations, including religious missionary groups of several denominations and others, work in indigenous areas almost without supervision. It appears that they sometimes exercise extraordinary authority over the communities within their area of influence, and there have even been allegations of forced conversions and detention against the will of those concerned.”<sup>30</sup>

In secondo luogo sono stati garantiti alcuni diritti fondamentali ai soggetti indigeni, quali per esempio il diritto alla vita, alla libertà, il divieto di schiavitù, che all'epoca in cui è stata adottata la Convenzione OIL n. 107 era uno dei problemi più importanti in relazione agli indigeni. Di notevole rilevanza è anche l'art. 5, che prevede che i rappresentanti indigeni vengano coinvolti nelle decisioni che li riguardano:

“In applying the provisions of this Convention relating to the protection and integration of the populations concerned, governments shall

- (a) seek the collaboration of these populations and of their representatives;
- (b) provide these populations with opportunities for the full development of their initiative;
- (c) stimulate by all possible means the development among these populations of civil liberties and the establishment of or participation in elective institutions.”<sup>31</sup>

La CEACR ha sottolineato l'importanza della partecipazione, prevista dall'art. 5, per esempio, nella *Individual Request* diretta al Perù nel 1991, in relazione a dei progetti che venivano realizzati su delle terre indigene:

“The Committee would also recall that in its previous comments it had indicated that it is concerned to know not only what development projects are currently taking place

---

<sup>30</sup> CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957, Paraguay*, pubblicato nel 1991, par. 4.

<sup>31</sup> *Ibidem*, art. 5.

in areas inhabited by forest-dwelling Indians, but also what programmes of co-ordinated and systematic action exist for the protection of the indigenous populations concerned.”<sup>32</sup>.

Più recentemente la CEACR si è pronunciata riguardo al diritto di consultazione dei rappresentanti indigeni in relazione a progetti inerenti le loro comunità e gli stili di vita tradizionali in Bangladesh: “The Committee requests the Government to indicate how consultations have been held with tribal leaders before development projects affecting their situation were undertaken, and how concerns about the preservation of their traditional ways of life have been dealt with.”<sup>33</sup>.

### **3.2. I diritti territoriali nella Convenzione OIL n. 107**

La parte II della Convenzione OIL n. 107 è intitolata “terra”, comprende quattro articoli che regolano il rapporto tra le popolazioni indigene, le terre da queste abitate e gli Stati di appartenenza.

L’art. 11 riconosce la proprietà individuale e collettiva dei membri delle popolazioni indigene:

---

<sup>32</sup> CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 Peru*, pubblicata nel 1991, par. 18, segue: “In this connection, in view of the fact that the Pichis-Palcazu project and other development projects in the Amazon basin have been criticised by anthropological and indigenist organisations because of the adverse effect they might have on indigenous peoples' rights, the Committee is particularly concerned to know what specific measures the Government intends to take to protect forest-dwelling Indians from the potential damaging effect of colonisation projects. It noted in this connection that large-scale settlement in areas inhabited by indigenous populations has, in a number of countries, resulted in damage to the cultures of the indigenous populations and the loss of their lands, among other effects; and may also lead to conflicts which in some cases have been violent. The Committee therefore hopes that the Government will provide information on the measures which have been taken or which are contemplated in this connection, and which public authorities or private bodies are responsible for carrying out programmes for the benefit of the forest-dwelling indigenous communities.”.

<sup>33</sup> CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 Bangladesh*, pubblicato nel 2005, par. 11. Il CEACR si è così espresso in riferimento ai metodi tradizionali di coltivazione, par. 10: “Jhum cultivation. The Committee recalls that it had noted previously its concern over the Government's efforts to abolish “jhum” cultivation, which is the traditional shifting cultivation method of many of the tribal people in the CHT, and asked for further information on the alternatives being explored. The Government again refers in its report to efforts to eliminate jhum, which it considers harmful to the environment. Please indicate what measures are being taken, in accordance with the requirements of paragraphs (b) and (c) of Article 4 of the Convention: (b) the danger involved in disrupting the values and institutions of the said populations unless they can be replaced by appropriate substitutes which the groups concerned are willing to accept shall be recognized; (c) policies aimed at mitigating the difficulties experienced by these populations in adjusting themselves to new conditions of life and work shall be adopted.”.



“The right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned over the lands which these populations traditionally occupy shall be recognised.”<sup>34</sup>

Durante i lavori preparatori, il riconoscimento della proprietà collettiva ha suscitato la contrapposizione di due ideologie differenti: da una parte quella degli Stati occidentali, che prediligeva il diritto individuale di proprietà, inquadrando il concetto di proprietà collettiva come un modo per perpetrare degli interessi settoriali e di gruppo all'interno di una società, a scapito dell'individuo e dell'intera comunità<sup>35</sup>; dall'altra la visione degli Stati dell'Est Europa, i quali sostenevano la necessità di una redistribuzione delle terre a favore dei popoli indigeni sotto forma di proprietà collettive<sup>36</sup>.

Se si considera che, ancora nel 2006, nell'ambito delle discussioni sulla UNDRIP (quindi in uno strumento di *soft law*) alcuni Stati si sono opposti al riconoscimento della proprietà collettiva, la disposizione vincolante dell'art. 11 nella Convenzione del 1957 risulta effettivamente avanzata ai fini della tutela dei diritti territoriali indigeni.

Un elemento fondamentale per la garanzia della proprietà collettiva in base all'art. 11 è l'occupazione “tradizionale” delle terre in questione, indipendentemente dal riconoscimento di questa occupazione da parte dello Stato.

Il concetto di “tradizionale” è molto labile nella Convenzione OIL n. 107 e non vi sono dei parametri certi e generali a cui fare riferimento. La CEACR deve affrontare questo problema in relazione alla situazione creatasi in India dove, sulla base della comunicazione presentata nel 1989 dalla *International Federation of Plantation, Agricultural and Allied Workers* (IFPAAW), una serie di progetti di sviluppo avrebbero comportato il trasferimento di oltre due milioni di individui appartenenti alle popolazioni tribali, senza che fossero state prese le necessarie misure di tutela. La questione è definire quando si possa parlare di “territori tradizionalmente occupati”, ai fini di garantire la tutela della Convenzione OIL n. 107:

“[The Committee] cannot fully accept the distinction drawn by the Government between traditional occupation and encroachment. Traditional occupation, whether or

---

<sup>34</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 11.

<sup>35</sup> Vedere la posizione della Gran Bretagna in OIL, Conferenza Generale, Report VI (2), cit., p. 20.

<sup>36</sup> *Ibidem*, vedere la posizione dell'URSS, p. 19.

not it has been recognised as authorised, does create rights under the Convention. In addition, use of forest or waste lands, title of which is held by the Government for hunting and gathering - again, whether or not this has been authorised - satisfies the use of the term "occupation", and if it is traditional it meets the requirement of this Article. The term "traditional occupation" is imprecise, but it clearly conveys that the lands over which these groups' land rights should be recognised are those whose use has become part of their way of life. The Committee is not prepared to judge, in the context of the present discussion, how much time would have to elapse before occupation would become "traditional"; nor does the Committee have available to it information which would allow it to decide that traditional use has not been recognised in any particular situations.”<sup>37</sup>

In ogni caso, l’art. 12 tutela le popolazioni indigene dal trasferimento forzato dagli “habitual territories” o dalle “lands previously occupied”<sup>38</sup>, senza definire ulteriormente i concetti. La CEACR si è espressa più volte per garantire l’art. 12, sottolineando l’impatto negativo di numerosi progetti di sviluppo attuati sui territori indigeni, senza previa consultazione dei gruppi interessati e che hanno causato lo smembramento delle comunità e danneggiato le loro culture, per esempio, in Paraguay:

“The Committee would recall more generally, in this connection, the comments and suggestions made by the inter-agency mission which visited the country in April 1990. This mission called attention to the effects of various development projects which had involved the transfer and dispersion of some indigenous communities. The inter-agency mission suggested, and the Committee supports this suggestion, that the

---

<sup>37</sup> CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 India*, pubblicato nel 1990, par. 16.

<sup>38</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 12: “1. The populations concerned shall not be removed without their free consent from their habitual territories except in accordance with national laws and regulations for reasons relating to national security, or in the interest of national economic development or of the health of the said populations. 2. When in such cases removal of these populations is necessary as an exceptional measure, they shall be provided with lands of quality at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. In cases where chances of alternative employment exist and where the populations concerned prefer to have compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees. 3. Persons thus removed shall be fully compensated for any resulting loss or injury.”.

necessary measures be taken to bring together again the indigenous families affected, especially those which are in a critical situation.”<sup>39</sup>.

L’art. 13 tutela i metodi di trasmissione della proprietà delle popolazioni indigene, ma la formulazione di questo articolo rispecchia la visione profondamente paternalistica dell’epoca attribuendo agli Stati la facoltà di decidere in quali casi questi metodi non ostacolino lo sviluppo economico e sociale delle stesse popolazioni:

“Procedures for the transmission of rights of ownership and use of land which are established by the customs of the populations concerned shall be respected, within the framework of national laws and regulations, in so far as they satisfy the needs of these populations and do not hinder their economic and social development.”<sup>40</sup>.

L’ultimo articolo della II parte della Convenzione OIL n. 107 stabilisce una sorta di principio di non discriminazione a favore delle popolazioni indigene nei confronti del resto della società e obbliga gli Stati a prevedere un trattamento equo nell’ambito delle riforme agrarie, in considerazione della posizione particolare di questi gruppi: “a) the provision of more land for these populations when they have not the area necessary for providing the essentials of a normal existence, or for any possible increase in their numbers; (b) the provision of the means required to promote the development of the lands which these

---

<sup>39</sup> CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 Paraguay*, pubblicato nel 1991, par. 17 e segue parr.18-20: “18. Further to its previous comments, the Committee notes that the binational (Paraguay-Argentina) undertaking Yacyreta has reinstalled a certain number of indigenous families in Maya. The Committee would be grateful if the Government would continue to provide information on transfers of indigenous communities caused by development projects in general, and in particular by the hydroelectric projects Itaipu and Yacyreta. It requests it to indicate specifically whether the communities concerned have been duly consulted before their transfer.19. Further to its previous comments concerning the case of the acquisition of lands belonging to the Carlos Casado, S.A. company, affecting the Tobas-Maskoy Indians of Puerto Victoria, the Committee understands that a solution to the problem has been found through the expropriation of 30,000 hectares. The Committee requests the Government to continue providing information on other cases of this kind which may have been resolved through the granting of legal personality and the expropriation of lands occupied by indigenous communities. 20. The Committee also would be grateful for information on actions taken by the Government to grant legal personality to the Tobas-Maskoy Indian communities in Casanillos, so that the 10,000 hectares acquired by the Paraguayan Episcopal Federation can be transferred to this community.”. Vedere anche CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957, Peru*, pubblicato nel 1991, par. 18; *Individual Direct Request concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957, Bangladesh*, pubblicato nel 2005, par.9.

<sup>40</sup> Convenzione OIL n. 107, art. 13(1).

populations already possess.”<sup>41</sup>. Lo stesso principio di non discriminazione può essere ritrovato anche nella Raccomandazione n. 104 che accompagna la Convenzione OIL n. 107, per quanto riguarda le risorse del sottosuolo presenti sulle terre indigene: “Members of the populations concerned should receive the same treatment as other members of the national population in relation to the ownership of underground wealth or to preference rights in the development of such wealth.”<sup>42</sup>. Purtroppo, nonostante i più o meno espliciti riconoscimenti e garanzie stabilite a livello internazionale<sup>43</sup>, il problema dei diritti sulle risorse del sottosuolo è una questione ancora oggi irrisolta nel campo dei diritti indigeni.

#### **4. La Convenzione OIL n. 169 e la svolta nella tutela dei diritti dei popoli indigeni**

##### **4.1. Soggetti beneficiari e principi generali**

Negli anni successivi all’adozione della Convenzione OIL n. 107 alcuni studiosi e parte della comunità internazionale notarono che era necessario apportare delle modifiche al testo, in particolare risultava indispensabile promuovere i principi di autoidentificazione, pluralismo culturale e autonomia dei popoli indigeni e abbandonare la visione paternalistica adottata fino a quel momento nei confronti di questi gruppi<sup>44</sup>. Nel 1988 si tenne la prima conferenza sulla revisione della Convenzione OIL n. 107 in seno alla OIL<sup>45</sup>, ma una delle critiche maggiori a questo processo è proprio data dal fatto che i popoli indigeni non poterono prendere parte alla conferenza<sup>46</sup>. In ogni caso al termine della sessione per la revisione della Convenzione OIL n. 107 vennero stabiliti alcuni principi fondamentali su cui basare il nuovo trattato: il termine “integrazione” e “assimilazione” dovevano essere eliminati; viene sottolineata la necessità di garantire che siano i popoli indigeni stessi a decidere e gestire il proprio sviluppo economico e stile di vita, attraverso

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, art. 14.

<sup>42</sup> *Indigenous and Tribal Populations Recommendation* n. 104, 1957, art. 4. Vedere anche DEVASISH ROY, *The ILO Convention on Indigenous and Tribal Populations, 1957 (No. 107) and The Laws of Bangladesh: A Comparative Review/ International Labour Office*, Geneva, 2009 1 v.

<sup>43</sup> Cfr. *infra* Convenzione OIL n. 169 e cap V.

<sup>44</sup> MARTINEZ COBO, *Study*, op. cit., par. 336.

<sup>45</sup> OIL, Consiglio di amministrazione, 75ma sessione del 1988.

<sup>46</sup> BERMAN, *The International Labour Organization and Indigenous Peoples: Revision of ILO Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988*, in *International Commission of Jurists Review* n. 41 del 1988, pp. 48-57, p. 48.

le proprie istituzioni; dovrà essere abbandonata la percezione della superiorità culturale mantenuta nella testo del 1957<sup>47</sup>.

Questi principi vengono accolti nella Convenzione OIL n. 169 e il differente approccio rispetto all'anteriore Convenzione del 1957, viene espresso nel Preambolo, nel quale viene affermata la volontà di superare la tendenza assimilazionista dell'anteriore trattato e viene promossa una filosofia del rispetto delle culture e delle istituzioni tradizionali indigene<sup>48</sup>.

La nuova visione riconosce l'importanza per i popoli indigeni di mantenere le proprie istituzioni, stili di vita e il proprio sviluppo economico, conservando la propria identità culturale, la propria lingua e religione, all'interno dei territori degli Stati cui appartengono<sup>49</sup>.

Il testo della Convenzione OIL n. 169 si può suddividere in tre sezioni: parte I: principi generali (artt. 1-12); parte II: questioni sostanziali (artt. 13-32): terra (artt. 13-19); occupazione e condizioni di lavoro (art. 20); formazione professionale, artigianato e agricoltura (artt. 21-23); previdenza sociale e sanità (artt. 24-25); istruzione e mezzi di comunicazione (artt. 26-31); contatti e cooperazione transfrontalieri (art. 32); parte III: amministrazione e disposizioni generali (artt. 34-44).

Nel Preambolo della Convenzione OIL n. 169 viene sottolineato che in numerosi luoghi del mondo questi popoli non vedono garantiti i propri diritti umani al pari del resto della popolazione degli Stati di appartenenza, e che le loro leggi, valori e tradizioni non sono stati tutelati in molti paesi<sup>50</sup>.

La Convenzione si applica ai "popoli tribali" e ai "popoli indigeni"<sup>51</sup>, ma nel trattato non viene data una definizione di questi due gruppi, vengono solamente identificati alcuni elementi che li caratterizzano.

---

<sup>47</sup> OIL, 75ma sessione, del 1988, Report VI (1), p. 2.

<sup>48</sup> *Ibidem*, Preambolo, IV Considerando: "Considering that the developments which have taken place in international law since 1957, as well as developments in the situation of indigenous and tribal peoples in all regions of the world, have made it appropriate to adopt new international standards on the subject with a view to removing the assimilationist orientation of the earlier standards".

<sup>49</sup> *Ibidem*, Preambolo VI Considerando.

<sup>50</sup> *Ibidem*, Preambolo VII Considerando.

<sup>51</sup> *Ibidem*, art. 1.1: "This Convention applies to: (a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions."

Per quanto riguarda i popoli tribali vengono menzionati come caratteristici: gli stili di vita tradizionali; la cultura e i modi di vivere differenti dal resto della società (per esempio la lingua, i costumi etc.); un'organizzazione sociale con leggi proprie<sup>52</sup>. Per i “popoli indigeni” vengono essenzialmente menzionati gli stessi elementi di distinzione, con una specificazione rispetto ai popoli tribali: i popoli indigeni hanno mantenuto una continuità con i propri antenati e vivono nelle terre che questi abitavano prima dell'arrivo o dell'invasione da parte di “estranei” nelle stesse zone<sup>53</sup>.

La prima novità che introduce la Convenzione del 1989 rispetto a quella del 1957 e al resto degli strumenti internazionali relativi a popoli indigeni fino a quel momento prodotti è il criterio dell'*autoidentificazione* come parametro fondamentale per stabilire i beneficiari dei diritti sanciti nel documento. La Convenzione OIL n. 169 adotta un approccio basato sia sul *criterio oggettivo* (un gruppo che risponde ai requisiti dell'art. 1 riconosce una persona come parte del gruppo stesso), che sul *criterio soggettivo* (una persona si identifica come appartenente a un popolo indigeno; o un popolo si ritiene indigeno sulla base delle indicazioni contenute nelle Convenzione).

Una seconda innovazione, rispetto alla Convenzione n. 107, si riscontra nella terminologia con cui viene definito il soggetto a cui fa riferimento il trattato: dall'utilizzo di “popolazioni” a quello “popoli”. Il termine “popoli” comporterebbe il diritto di autodeterminazione nel sistema internazionale<sup>54</sup>, ma viene specificato nell'art. 1, comma 3:

“The use of the term peoples in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law.”<sup>55</sup>.

Questa precisazione deriva dal fatto che il mandato della OIL concerne i diritti economici e sociali, e resta quindi fuori dalla competenza dell'organizzazione interpretare politicamente il concetto di autodeterminazione. La Convenzione non pone alcun limite alla possibilità di autodeterminazione per questi popoli ed è compatibile con qualsiasi strumento successivo che garantisca tale diritto<sup>56</sup>.

La scelta del termine “popoli” riflette in maniera più incisiva l'identità distinta di questi

---

<sup>52</sup> OIL, *OIL Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 [No.169]*, op. cit., p. 7.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Vedere *supra* cap. I.

<sup>55</sup> Convenzione OIL n.169. art. 1.3.

<sup>56</sup> OIL, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 [No.169]*, op. cit., p. 9.

gruppi all'interno di una società nazionale strutturalmente e culturalmente differente<sup>57</sup>, ma nonostante l'aggiunta del comma 3 dell'art. 1, molti Stati fin dal principio non condivisero questa posizione e videro minacciata la propria integrità territoriale. Il tema del possibile riconoscimento del diritto di autodeterminazione diventa il principale deterrente per la ratifica della Convenzione da parte di molti Governi<sup>58</sup>. Allo stesso tempo i rappresentanti dei popoli indigeni si sono dichiarati insoddisfatti per la ragione opposta: ritengono, infatti, che il proprio diritto all'autodeterminazione venga compromesso dalla specificazione contenuta nel comma 3 dell'art. 1 e definiscono discriminatorio limitare il proprio diritto come "popoli" a livello di diritto internazionale<sup>59</sup>. In realtà le implicazioni dell'art. 1 della Convenzione non possono certo essere quelle di limitare il diritto all'autodeterminazione nel caso in cui alcuni popoli ne fossero titolari, invece può avere un effetto positivo nell'affermare nel sistema internazionale il diritto di questi gruppi a un'esistenza separata e indipendente rispetto al resto della società dello Stato cui appartengono<sup>60</sup>.

Gli artt. 2-12 della Convenzione stabiliscono una serie di principi generali e trasversali, come il principio di responsabilità per gli Stati di sviluppare azioni coordinate e sistematiche per la protezione e la promozione dei diritti di questi popoli, con la partecipazione degli stessi (art. 2)<sup>61</sup>; la garanzia dei diritti umani fondamentali (art. 3); la necessità di adozione da parte degli Stati di misure speciali per salvaguardare l'esistenza degli individui indigeni, le loro istituzioni, le proprietà, il lavoro, la cultura e l'ambiente in cui vivono (art. 4).

Seguendo il testo della Convenzione OIL n. 169, il *principio di consultazione* deve essere applicato in relazione a ciascuna disposizione contenuta nel trattato, come stabilito nell'art. 6.1:

"In applying the provisions of this Convention, governments shall:

---

<sup>57</sup> OIL, *Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention*, 1957 (N. 107), Report VI(2), 75ma Sessione, Ginevra, 1988, pp. 12-14.

<sup>58</sup> SWEPTSON, *A new step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples*, op. cit., p. 345.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>61</sup> Rif. art. 33.1, che prevede la creazione di meccanismi appropriati che permettano la partecipazione attiva di questi popoli nelle decisioni relative a questioni che li riguardano: "The governmental authority responsible for the matters covered in this Convention shall ensure that agencies or other appropriate mechanisms exist to administer the programmes affecting the peoples concerned, and shall ensure that they have the means necessary for the proper fulfilment of the functions assigned to them."

- (a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;”

La Convenzione non attribuisce il diritto di veto ai popoli indigeni e ai popoli tribali, ma specifica che lo scopo della consultazione è raggiungere il pieno consenso tra governi e popoli indigeni o tribali nelle questioni, misure legislative e amministrative, che riguardano quest’ultimi direttamente<sup>62</sup>. Per il processo di consultazione la Convenzione prevede delle regole fondamentali:

- i popoli che devono essere consultati sono quelli sui quali ricadono direttamente gli effetti delle misure legislative o amministrative in esame;
- le procedure di consultazione devono essere appropriate, benché sia ammesso che il metodo di consultazione possa variare a seconda delle circostanze, e, affinché possa essere definito adeguato, dovrà essere trasparente e relativo alle differenti situazioni e conseguenze;
- i capi delle comunità e delle istituzioni indigene dovranno essere riconosciuti come portavoce ufficiali degli interessi di questi popoli<sup>63</sup>.

Il *principio di partecipazione* è un ulteriore concetto trasversale e fondamentale sancito dall’art. 7 della Convenzione che tocca differenti aspetti dell’esistenza dei popoli indigeni e nel quale si possono individuare diversi elementi: il diritto dei popoli indigeni e tribali a stabilire le proprie priorità nel processo di sviluppo; il diritto ad esercitare il controllo sulla propria economia, vita sociale e culturale; il diritto a partecipare nella pianificazione di programmi di sviluppo nazionale e locale che li riguardano direttamente<sup>64</sup>. I popoli potranno prendere parte a tutti i livelli del processo decisionale ed essere rappresentati dalle proprie istituzioni e non attraverso strutture imposte<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 6.2: “The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.”

<sup>63</sup> OIL, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 [No.169]*, op. cit., p. 17.

<sup>64</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 7.1: “The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them directly.”

<sup>65</sup> *Ibidem*, art. 6.1.



Altri due principi importanti previsti dalla Convenzione OIL n. 169, da tenere in considerazione, sono il rispetto per la *diversità culturale* e per il differente *modello di sviluppo economico e sociale* di questi popoli: gli Stati dovranno attivarsi per eliminare le differenze socio-economiche tra questi gruppi e il resto della società, rispettando le differenti aspirazioni e stili di vita degli stessi<sup>66</sup>.

La Convenzione tutela anche nello specifico i sistemi legislativi dei popoli indigeni e tribali, purchè questi non siano contrari ai diritti umani fondamentali; gli Stati inoltre devono stabilire le procedure per rendere compatibile l'ordinamento giuridico nazionale e risolvere eventuali conflitti che possano insorgere nell'applicazione del diritto consuetudinario indigeno nel territorio nazionale<sup>67</sup>.

Gli artt. da 13 a 32 della Convenzione regolano argomenti peculiari di particolare rilevanza per la sopravvivenza collettiva dei popoli indigeni e tribali e per garantire un'esistenza degna a ciascun individuo appartenente a questi gruppi.

#### **4.2. I diritti territoriali e relative garanzie previste dalla Convenzione OIL n. 169**

Una tra le questioni più rilevanti che hanno portato alla revisione della Convenzione OIL n. 107 è quella della problematica inerente alla garanzia dei diritti territoriali dei popoli indigeni: gli artt. da 13 a 19 della Convenzione OIL n. 169 stabiliscono le regole per tutelare il diritto alla terra, a partire dal presupposto che:

“In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.”<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, art. 2.2. b) e c); art. 7. 3.

<sup>67</sup> *Ibidem*, art. 8: “1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws. 2. These peoples shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognised human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle. 3. The application of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties.”.

<sup>68</sup> *Ibidem*, art. 13.1.

La Convenzione OIL n. 107 tutela i diritti alla terra (artt. 11-14) nel contesto dell'inevitabile integrazione dei popoli indigeni e tribali nella società nazionale. Nella Convenzione del 1989 viene prospettata la possibilità di stabilire un differente regime di diritti territoriali all'interno del sistema nazionale<sup>69</sup> e a tal fine vengono previsti diritti positivi fondamentali e diritti procedurali per la garanzia del diritto alla terra ai popoli indigeni.

Una prima questione terminologica è riscontrabile nell'art. 13, par. 2, nella Convenzione n. 169: l'utilizzo del termine "*terra*" dovrà essere inteso come "*territorio*" nel suo insieme, includendo quindi l'intero ambiente in cui i popoli indigeni vivono<sup>70</sup>. Alcuni governi hanno sottolineato il fatto che il termine "*territorio*" nelle proprie Costituzioni è presente solo in relazione al territorio nazionale e che quindi l'uso di questo vocabolo avrebbe potuto creare delle ambiguità sul diritto di sovranità all'interno degli Stati<sup>71</sup>.

#### *Proprietà e possesso sulle terre "tradizionalmente occupate"*

L'art. 14.1 riconosce il diritto di *proprietà e possesso* dei popoli indigeni sulle terre che hanno *tradizionalmente occupato*<sup>72</sup>, vale a dire le terre che abitano attualmente, utilizzano per la propria sopravvivenza e che desiderano trasmettere alle generazioni future. Questo diritto si basa sull'occupazione e sull'uso tradizionale delle terre e non sul riconoscimento in un registro ufficiale della proprietà da parte dello Stato, così come affermato dal CEACR per il Perù, nel 2003<sup>73</sup>. In particolare la Convenzione OIL n. 169 tutela il diritto di utilizzo

---

<sup>69</sup> SWEPTSON, *A new step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples*, op. cit., p. 349.

<sup>70</sup> CONVENZIONE OIL n. 169, art. 13.2: "The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use."

<sup>71</sup> SWEPTSON, *A new step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples*, op. cit., p. 351.

<sup>72</sup> CONVENZIONE OIL n. 169, art. 14.1: "The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect."

<sup>73</sup> CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Peru*, 2003: "The Committee notes that Article 13, paragraph 1, of the Convention refers to lands which the peoples concerned occupy or otherwise use, while Article 14, paragraph 1, establishes that "the rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognized", and paragraph 2, of the same Article requires governments to take steps as necessary to identify those lands(...)"

delle terre da parte di certi popoli che non necessariamente le occupano, ma alle quali accedono per garantire la propria sussistenza attraverso le attività tradizionali (come per esempio avviene nel caso dei popoli nomadi).

Un certo margine di discrezionalità viene lasciato, oltre che per l'elemento "*spazio*", anche per l'elemento "*tempo*". Nella Convenzione non vengono dati dei parametri precisi per stabilire il numero di anni necessari affinché il diritto di proprietà sulle terre possa essere esercitato dai popoli in questione e in effetti gli organi di controllo della OIL si sono espressi in questo senso:

"The Committee recalls that the fact that land rights have originated more recently than colonial times is not a determining factor. The Convention was drafted to recognize situations in which there are rights to lands which have been traditionally occupied, but also may cover other situations in which indigenous peoples have rights to lands they occupy or otherwise use under other conditions."<sup>74</sup>

La Convenzione stabilisce solo che saranno i Governi a definire i procedimenti necessari per identificare le terre tradizionalmente occupate dai suddetti popoli, nonché le misure per garantire e proteggere il diritto di proprietà e possesso<sup>75</sup>. I processi di delimitazione e la regolarizzazione della proprietà della terra possono essere molto lunghi e implicano la creazione di una legislazione specifica e di meccanismi istituzionali adeguati; inoltre possono insorgere controversie per le quali gli Stati devono prevedere delle procedure di risoluzione dei conflitti che possono nascere tra le diverse comunità indigene e i privati<sup>76</sup>.

Gli Stati parte della Convenzione OIL n. 169, al fine di tutelare in maniera efficace i diritti dei popoli indigeni sulle loro terre, dovranno stabilire dei procedimenti per identificare e delimitare le terre indigene nel territorio nazionale. Il processo di delimitazione potrà essere realizzato in diversi modi, attraverso la consultazione dei popoli interessati e grazie

---

<sup>74</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (article 24), Mexico, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Radical Trade Union of Metal and Associated Workers*, GB 276/16/3, 1999, par. 37.

<sup>75</sup> CONVENZIONE OIL, art. 14.2: "Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession."

<sup>76</sup> *Ibidem*, 14.3: "Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned."

all’ausilio di studi antropologici. Non è quindi sufficiente che uno Stato riconosca nella propria Costituzione l’esistenza di popoli indigeni e i diritti territoriali di questi popoli, è necessario che lo stesso Stato adotti delle misure coordinate e sistematiche per regolarizzare la proprietà e il possesso delle terre indigene. Questi processi possono concludersi con la consegna di titoli di proprietà e/o con accordi che riconoscano una sorta di autonomia alle comunità indigene. La Convenzione OIL n. 169 non dà indicazioni dettagliate su come realizzare i processi di delimitazione delle terre, ma nella pratica l’organizzazione si è dovuta esprimere in relazione alla questione in diverse occasioni. Nel 2007, per esempio, la OIL ha suggerito al Guatemala di adottare misure transitorie durante il processo di delimitazione dei territori:

“The Committee welcomes the Government's reaffirmation of its respect for indigenous communities and the lands that they occupy and its support for the legalization of lands. It also notes the Government's indication that it requires time to undertake the regularization of lands. The Committee recognizes that the regularization of land ownership requires time, that the adoption of legislation is not sufficient in itself and that it is the outcome of a complex process. It also considers that indigenous peoples should not be prejudiced by the duration of this process. It would therefore be desirable to adopt transitional measures during the course of the process to protect the land rights of the peoples concerned. It also observes that the Government's expressed opinion that the lands traditionally occupied by the indigenous communities are held illegally, as they do not have ownership title, is not in conformity with the Convention, Article 14 of which recognizes the rights of indigenous peoples over the lands that they traditionally occupy.”<sup>77</sup>

Uno dei casi più interessanti analizzati dalla OIL, che evidenzia la difficoltà di stabilire cosa si deve intendere per “territori indigeni” è quello relativo al popolo *U’wa* in Colombia. Il governo aveva rilasciato una licenza ambientale a una compagnia petrolifera per intervenire all’interno del territorio indigeno *U’wa*, senza prima consultarlo, benché

---

<sup>77</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (article 24), Guatemala, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Guatemala of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Country and City Workers (FTCC)*, GB.299/6/1, 2007, par. 45.

avesse riconosciuto la “presenza regolare e permanente” di questi gruppi sul territorio in questione<sup>78</sup>. Il pozzo, che avrebbe dovuto installare la compagnia petrolifera, sarebbe stato costruito nel centro delle terre ancestrali degli *U'wa*, però all'incirca a 1,7 Km dai confini legalmente riconosciuti<sup>79</sup>. La OIL valutò che il pozzo avrebbe potuto avere un impatto sulle comunità indigene del luogo e criticò il concetto di “presenza regolare e permanente”, utilizzato dal Governo colombiano per riferirsi al vincolo di quei popoli con quelle terre, e affermò che la Convenzione non protegge solo le aree “occupate” dai popoli indigeni, ma anche quelle zone che sono necessarie per il processo di sviluppo degli stessi e quelle terre che utilizzano per la propria sopravvivenza:

“The Committee notes that the Government has applied the criterion of the "regular and permanent presence of indigenous communities" in deciding whether the siting of an exploratory or operational project in a given area will affect the communities in question. In this regard, the Committee recalls that the Convention refers to the concept of "rights of ownership and possession (of the peoples concerned) over the lands which they traditionally occupy" (Article 14, paragraph 1), a concept that is not necessarily equivalent. Furthermore, the Convention does not cover merely the areas occupied by indigenous peoples, but also "the process of development as it affects their lives ... and the lands that they occupy or otherwise use" (Article 7, paragraph 1). The existence of an exploratory or operational project immediately adjacent to land that has been officially recognized as a reserve of the peoples concerned clearly falls within the scope of the Convention.”<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (article 24), Colombia, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT)*, GB. 282/14/3, 2001, par. 47: “The Government states that it has been working since 1995 on a legal framework for prior consultation with indigenous and tribal peoples, including Act No. 21 of 1991 ratifying Convention No. 169. It points out that Decree No. 1320 of 1998 establishes provisions for the process of consultation with the indigenous and black communities prior to exploitation of renewable natural resources found within their territories, pursuant, inter alia, to section 15(2) of Act No. 21 of 1991. The wording of the section is identical to that of Article 15(2) of the Convention, which reads as follows: In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.”.

<sup>79</sup> *Ibidem*, par. 63: “the project's direct area of operation and a portion of land without any official status, no indigenous communities were present there on a regular or permanent basis.”.

<sup>80</sup> *Ibidem*, par. 86.

### *L'importanza dell'elemento collettivo*

Il *diritti di proprietà e di possesso delle terre* riconosciuti nella Convenzione OIL n. 169 sono sia *individuali* che *collettivi*. Il concetto di “terra” comprende tutto l’ambiente nel quale una comunità vive, che occupa e che lavora per la propria sussistenza. In questo senso è contemplato anche il possesso individuale di una casa che una famiglia indigena utilizza come propria. Nella maggior parte dei casi delle comunità indigene i diritti individuali si definiscono all’interno di una proprietà collettiva<sup>81</sup>. Secondo la *ratio* della Convenzione OIL del 1989, il riconoscimento della dimensione collettiva del diritto di proprietà dei popoli indigeni è essenziale per evitare lo smembramento di questi gruppi, la perdita degli usi e degli stili di vita tradizionali ed è inoltre fondamentale per salvaguardare il vincolo spirituale e culturale di questi popoli con le terre che abitano.

Sul tema della proprietà collettiva la OIL si è pronunciata in occasione una serie di leggi promulgate tra il 1995 e il 1997 in Perù, grazie alle quali ciascun membro delle comunità della zona costiera del paese poteva decidere come disporre delle terre individualmente, senza dover passare per l’autorità decisionale dell’Assemblea Generale della Comunità. La Convenzione OIL n. 169 non stabilisce in quali casi sia più adeguata la proprietà individuale o collettiva per i popoli indigeni, anche se all’art. 13 (1) viene affermata l’importanza dell’elemento collettivo nella relazione con il territorio.

Nel caso specifico del Perù la OIL, al fine di tutelare la proprietà collettiva e il processo di consultazione delle comunità indigene, ha commentato:

“The Committee considers that it is not for the Governing Body to determine whether individual or collective ownership is most appropriate for indigenous or tribal peoples in a given situation. The Convention recalls the special importance of the relationship of indigenous peoples with the lands or territories, and in particular the collective aspects of this relationship. The Committee notes further, from its experience acquired in the application of the Convention and its predecessor, that the loss of communal land often damages the cohesion and viability of the people concerned. This is why, in

---

<sup>81</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica - Una Guía sobre el Convenio N. 169 de la OIT*, Ginevra, 2009, p. 98. Vedere anche MOLINAS, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la Nación y del Estado*, OIL, 2009.

the preparatory work for the Convention, many delegates took the position that lands owned by indigenous persons, and especially communal lands, should be inalienable. In a closed decision, the Conference Committee decided that Article 17 should continue the line of reasoning pursued in other parts of the Convention, according to which indigenous and tribal peoples shall decide their own priorities for the process of development (Article 7) and that they should be consulted through their representative institutions whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly (Article 6).”<sup>82</sup>.

### *Risorse naturali nei territori indigeni*

Quando si definisce il diritto alla terra e al territorio è necessario specificare se questo diritto comprende anche le *risorse naturali* (rinnovabili o non rinnovabili) presenti. La Convenzione OIL n. 169 prevede, all’art. 15 par. 1, che i popoli indigeni hanno diritto alle risorse naturali che si trovano sulle proprie terre, vale a dire che hanno diritto a partecipare all’utilizzo, all’amministrazione, alla protezione e alla conservazione di tali risorse, siano esse rinnovabili o non rinnovabili (come, per esempio, legna, acqua e minerali)<sup>83</sup>. Tuttavia, in numerose Costituzioni, gli Stati stabiliscono che la proprietà dei minerali e di altre risorse del suolo o del sottosuolo è riservata agli Stati stessi. In considerazione di questo dato di fatto, nell’art. 15 al par. 2 viene specificato:

“In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible

---

<sup>82</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (article 24), Peru, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Peru of the Indigenous and Tribal People's Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the General Confederation of Workers of Peru (CGTP)*, GB. 270/16/4, 1998, par. 30.

<sup>83</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 15.1: “The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources”.

participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.”<sup>84</sup>.

Gli Stati parti hanno dunque l’obbligo di consultare i popoli indigeni interessati nel momento in cui dovranno prendere decisioni sull’utilizzo di risorse naturali appartenenti ai territori di questi ultimi.

I popoli indigeni potranno eccepire le ragioni per le quali può non essere opportuno un determinato uso delle risorse naturali, come per esempio i danni ambientali, l’impatto sui luoghi sacri, la perdita della base per la sussistenza economica delle comunità interessate etc<sup>85</sup>. L’art. 15 deve essere interpretato in connessione con gli artt. 6 e 7.3 della Convenzione, ossia valutando con la partecipazione dei popoli indigeni le conseguenze ambientali, sociali, spirituali e culturali delle attività di sviluppo che interessano direttamente i gruppi in questione.

Una volta raggiunto il consenso con i popoli indigeni sullo sfruttamento delle risorse naturali, questi avranno diritto a ricevere una parte dei ricavi ottenuti da queste ultime. I benefici possono essere di differenti forme, quali accordi specifici con i governi a favore delle comunità o la destinazione di parte del ricavato a progetti di sviluppo di interesse specifico per i popoli coinvolti. Nel caso le attività legate alle risorse naturali sui territori indigeni abbiano arrecato danno ai popoli residenti, questi avranno diritto a un giusto risarcimento.

La OIL ha dovuto analizzare numerosi casi nei quali viene denunciata la mancata consultazione da parte dei governi nei confronti delle comunità indigene interessate nei contesti di sfruttamento delle risorse naturali.

Un caso esemplare è relativo all’Ecuador<sup>86</sup>. Nel 1998 il Governo ha stipulato un contratto con una compagnia petrolifera per l’estrazione di petrolio in un territorio del quale il 70% appartiene alla *Federación Independiente del Pueblo Shuar de Ecuador* (FIPSE) che rappresenta all’incirca 5.000 persone. Nel reclamo che viene presentato di fronte alla OIL dalla *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres* (CEOSL), si sostiene che benché il petrolio sia una risorsa sulla quale il Governo ha diritti inalienabili e

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, art. 15. 2.

<sup>85</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit. p. 107.

<sup>86</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (art. 24), Ecuador, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*, reclamo della *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres* (CEOSL), GB 277/18/4, 2000.



la compagnia petrolifera agisca in nome del Governo, i membri della FIPSE non erano stati informati di un contratto per lo sfruttamento degli idrocarburi, e non erano stati consultati a riguardo. La stessa FIPSE aveva inoltre vietato qualsiasi negoziazione tra gli individui delle comunità e la compagnia petrolifera, dichiarando pubblicamente che qualsiasi tentativo in questo senso sarebbe stato ritenuto una violazione ai diritti dei popoli indigeni, così come riconosciuti nella Costituzione dell'Ecuador e nella Convenzione OIL n. 169. Nel reclamo si denuncia anche che la compagnia aveva tentato di dividere le organizzazioni locali per gestire le proprie attività e denigrare il ruolo delle organizzazioni indigene di fronte all'opinione pubblica. L'Ecuador venne denunciato per non aver adempiuto all'obbligo di consultazione previsto dalla Convenzione OIL n. 169 prima della firma del contratto con la compagnia petrolifera che permetteva le attività di estrazione nel territorio Shuar. L'Ecuador si difese affermando che i meccanismi per la consultazione richiesti in virtù della Convenzione OIL n. 169 non erano applicabili al momento della firma del contratto con la compagnia petrolifera, dato che la Convenzione era stata ratificata successivamente<sup>87</sup>. L'Ecuador sostenne che le disposizioni contenute nella Convenzione non erano applicabili per il principio di irretroattività della legge, ma che sia la Costituzione che la Legge sugli Idrocarburi tutelavano gli interessi dei popoli indigeni, essendo stati inoltre stabiliti a favore di questi ultimi dei compensi economici e altri benefici per eventuali danni causati all'ambiente dalle operazioni di estrazione. Il Governo dell'Ecuador considerava poi le operazioni di estrazione di petrolio come un fattore necessario per la crescita economica del paese e quindi di prioritario interesse per lo sviluppo nazionale<sup>88</sup>.

La OIL si pronunciò affermando che, nonostante le disposizioni della Convenzione non

---

<sup>87</sup> Il contratto fu firmato in data 27 aprile del 1998 e la Convenzione OIL n. 169 fu ratificata dall'Ecuador in data 15 maggio del 1998.

<sup>88</sup> OIL, CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE, *Representation (art. 24)*, 2000, Ecuador, cit., par 24: "The Government notes that it is concerned with safeguarding the rights of the indigenous peoples located in the zone of Block 24 and says that the Hydrocarbons Act, the share agreement and Chapter 5 of the Constitution of Ecuador reflect this concern. The Government also indicates that economic contributions and other benefits have been established to compensate for any damages caused to the environment by the oil companies which hold contracts with Petroecuador. However, the Government indicates that it does not find the consultation mechanisms appropriate because they would tend to hinder the oil-related consultation processes which are the responsibility of the government institutions. Likewise, the Government notes that the mining of products from the subsurface (including hydrocarbons), unlike that of surface products, is the domain of the Government.", e par. 25: "The Government puts forward its view that projects for the exploration and exploitation of hydrocarbons are motors of economic growth and therefore serve the interests of national development. It notes its concern at the fact that the Amazon region of the country contains both the highest indigenous population and the greatest hydrocarbon potential, a resource that is a part of the State patrimony."

potessero essere applicate retroattivamente, era evidente che i fatti segnalati dai reclamanti avessero conseguenze nell'attualità. Per quanto al momento della firma del contratto tra il Governo e la compagnia petrolifera non fosse ancora in vigore la Convenzione OIL n. 169, le conseguenze persistevano nel presente e alla data ancora non erano stati consultati i popoli indigeni, sui quali gli effetti ricadevano direttamente e le cui terre erano utilizzate per le estrazioni.

Il Comitato ricordò come il principio della consultazione sia uno dei principi cardini della Convenzione. Nel caso specifico, pur tenendo in considerazione le difficoltà implicite per la gestione di conflitti relativi al diritto alla terra, alle risorse del sottosuolo e agli interessi economici connessi, che si scontrano con i valori culturali e spirituali delle popolazioni indigene residenti:

“The Committee considers that the concept of consulting the indigenous communities that could be affected by the exploration or exploitation of natural resources includes establishing a genuine dialogue between both parties characterized by communication and understanding, mutual respect, good faith and the sincere wish to reach a common accord. A simple information meeting cannot be considered as complying with the provisions of the Convention. In addition, Article 6 requires that the consultation should occur beforehand, which implies that the communities affected should participate as early as possible in the process, including in the preparation of environmental impact studies. Although in this case the project was established before the Convention came into force in Ecuador, when it did come into force so did the obligation to carry out consultations in respect of any activity affecting the application of the Convention.”<sup>89</sup>.

La OIL raccomanda quindi che qualsiasi decisione futura, in relazione ai territori in questione dovrà essere discussa con l'istituzione rappresentativa delle organizzazioni indigene ineteressate.

Esempi positivi di creazione di meccanismi legali per la garanzia del principio di consultazione in tema di sfruttamento delle risorse naturali in territori appartenenti a popoli indigeni si possono ritrovare nella stessa America Latina: in Venezuela, la *Ley Orgánica*

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, par. 37.

de los Pueblos y las Comunidades Indígenas<sup>90</sup> e in Bolivia, la *Ley de Hidrocarburos* n. 3058<sup>91</sup>; e nel resto del mondo: in Canada, *The Nunavut Agreement* del 1993 e *The Nunavut Act* del 1999<sup>92</sup>; in Thailandia, *The Peoples Constitution* del 2007<sup>93</sup>; nelle Filippine *The Indigenous Peoples Act*<sup>94</sup>.

### *Il divieto di trasferimento forzato dei popoli indigeni dalle proprie terre*

La Convenzione OIL n. 169, sulla base degli avvenimenti storici e delle peggiori violazioni dei diritti subiti dai popoli indigeni nel corso dei secoli, ha voluto trattare il tema del *trasferimento forzato* di questi individui dalle proprie terre, considerato anche l'importante vincolo spirituale e di sussistenza che questi gruppi sviluppano con il territorio tradizionale.

L'art. 16 della Convenzione stabilisce quindi come primo principio:

“1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy.”

Nel caso eccezionale in cui però il trasferimento di questi popoli risulti inevitabile,

---

<sup>90</sup> La Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela stabilisce che lo sfruttamento delle risorse naturali appartenenti a terre indigene è soggetto a consultazione previa delle comunità indigene interessate (art. 120). Il procedimento di consultazione è regolato dalla *Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas* che dispone che le parti debbano arrivare ad un accordo, sulla base delle valutazioni sull'impatto ambientale, sociale e culturale che le azioni possono determinare sulle comunità interessate.

<sup>91</sup> *Ley de Hidrocarburos* n. 3058 del 2005. La legge stabilisce il diritto dei popoli indigeni alla consultazione e alla partecipazione nei guadagni in relazione a qualsiasi progetto di utilizzo degli idrocarburi presenti sulle proprie terre. In particolare gli artt. 114 e 115 stabiliscono, in virtù degli artt. 4, 5, 6, 15 e 18 della Convenzione OIL n. 169 l'obbligo di consultazione previa delle istituzioni indigene corrispondenti, sulla base dei principi di buona fede, trasparenza e completa informazione.

<sup>92</sup> *The Nunavut Act*, la legge stabilisce che il Governo deve garantire il diritto degli Inuit a partecipare nelle decisioni in relazione all'utilizzo, amministrazione e conservazione della terra, dell'acqua e delle risorse naturali presenti sui territori Nunavut. Vedere STAVENAGHEN, *Report of the mission to Canada*, E/CN.4/2005/88/Add.3, 2004.

<sup>93</sup> *The Peoples Constitution*, l'art. 66 stabilisce che le comunità locali o tradizionali avranno il diritto di partecipare nella gestione, nel mantenimento e nello sfruttamento delle risorse naturali, vedere STAVENAGHEN, *General considerations on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples in Asia*, ONU, E/C.19/2007/CRP.11, 15 maggio 2007, par.10.

<sup>94</sup> *The Indigenous Peoples Act*, stabilisce che le attività di estrazione nelle terre ancestrali dei popoli indigeni potranno essere realizzate solo a condizione di un accordo formale con le istituzioni delle comunità indigene coinvolte, in conformità con i propri processi decisionali (art. 57), gli stessi popoli indigeni avranno diritto al ricavo delle operazioni di estrazione di risorse naturali che si trovano sui propri territori ancestrali, vedere anche STAVENAGHEN, *Report of the mission to the Philippines*, E/CN.4/2003/90/Add.3, 5 marzo 2003.

vengono stabilite certe modalità secondo le quali esso deve essere eseguito:

“Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.”<sup>95</sup>

Nella Convenzione non vengono definite le situazioni che sono ritenute eccezionali, ma viene posta come prima condizione indispensabile che vi sia un consenso previo, libero e informato dei popoli interessati. I popoli indigeni che non sono favorevoli al trasferimento dovranno poter fare ricorso contro il provvedimento ai sensi delle leggi nazionali, secondo procedimenti adeguati.

Il par. 3 dell’art. 16 stabilisce una sorta di “diritto di ritorno”: nel momento in cui le condizioni eccezionali che hanno reso necessario il trasferimento cessino di esistere (per esempio in caso di guerre o disastri naturali) le comunità interessate potranno ritornare alle proprie terre d’origine<sup>96</sup>. Nella Convenzione OIL n. 107 non era presente nessuna disposizione prevedesse il ritorno di questi gruppi alle proprie terre e certamente l’introduzione di questo diritto rappresenta il cambio di filosofia che sta alla base della nuova Convenzione; essa infatti parte dal principio che le terre che questi popoli abitano sono di loro proprietà, salvo che vengano presi dei provvedimenti contrari e specifici per la negazione di questa<sup>97</sup>.

Il par. 4 dell’art. 16 regola i casi in cui il ritorno alle proprie terre per questi popoli non sia possibile:

“When such return is not possible, as determined by agreement or, in the absence of such agreement, through appropriate procedures, these peoples shall be provided in all possible cases with lands of quality and legal status at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future

---

<sup>95</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 16, par. 2.

<sup>96</sup> *Ibidem*, art. 16, par. 3: “Whenever possible, these peoples shall have the right to return to their traditional lands, as soon as the grounds for relocation cease to exist.”

<sup>97</sup> SWEPTSON, *A new step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples*, op. cit., p. 360.

development. Where the peoples concerned express a preference for compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees.”<sup>98</sup>

Le comunità interessate avranno diritto a ricevere delle terre di uguale “qualità e stato legale” a quelle occupate anteriormente, per esempio in termini di potenzialità del terreno coltivabile e in dimensioni della proprietà. Nel caso in cui gli abitanti delle terre ormai inagibili preferiscano un compenso monetario o di altro tipo, dovranno essere ricompensati in tale maniera<sup>99</sup>.

Per ultimo l’art. 16, par. 5, stabilisce che i popoli indigeni hanno il diritto a ricevere un risarcimento per qualsiasi perdita o danno subito a causa del trasferimento, quali per esempio la perdita di una casa o le conseguenze negative sulla propria salute a causa del cambio climatico, etc<sup>100</sup>.

Un caso esemplare, in cui la ratifica della Convenzione OIL n. 169 da parte di un paese ha rappresentato dei cambi significativi nella regolamentazione del diritto alla terra delle comunità indigene, fino a portare a un vero e proprio ritorno degli abitanti originari nelle propri territori e a una reintegrazione del possesso di queste, è rappresentato dalla Bolivia<sup>101</sup>. Nel 1991 la Bolivia ha ratificato la Convenzione OIL n. 169. In seguito a questo evento si attivarono una serie di riforme giuridiche come la riforma costituzionale del 1994, grazie alla quale vennero riconosciuti per la prima volta i diritti collettivi stabiliti nelle Convenzione. In particolare l’art. 171 della Costituzione riconosceva ai popoli indigeni la proprietà delle “terre comunitarie di origine” (TCO) e i diritti all’utilizzo delle risorse naturali. Inoltre venne promulgata la *Ley del Instituto Nacional de Reforma Agraria* nel 1996, che regolò i diritti collettivi dei popoli indigeni su propri territori e riconobbe la validità del diritto consuetudinario indigeno su questi stessi territori. Grazie a questi provvedimenti nell’arco di un decennio sono stati riconosciuti i titoli di TCO di oltre 500 comunità con un profondo impatto sociale, politico ed economico sui popoli indigeni interessati<sup>102</sup>. In particolare nella regione Amazzonica del paese, dove le comunità erano state più frequentemente vittime di trasferimento forzato e sfruttamento da parte dei

---

<sup>98</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 16. 4.

<sup>99</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit., p. 99.

<sup>100</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 16. 5: “Persons thus relocated shall be fully compensated for any resulting loss or injury”.

<sup>101</sup> Vedere *infra* cap. IV.

<sup>102</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit., p. 101.

proprietari terrieri<sup>103</sup> rispetto alle zone Andine, vennero riconosciuti due titoli di proprietà collettiva come TCO (tra il 2001 e nel 2005), riconsegnando quindi agli abitanti originari, divisi in 28 comunità, 407.584 ettari di terre<sup>104</sup>.

Infine l'art. 17 della Convenzione tutela le procedure di trasmissione dei diritti sulla terra tra membri degli stessi popoli indigeni o tra membri dei popoli indigeni ed estranei. L'art. 18 prevede che vengano stabilite per legge delle multe e per le indebite intrusioni nei territori indigeni e che vengano adottate delle misure di prevenzione dagli Stati per evitare che avvengano.

#### **4.3. Altre disposizioni della Convenzione OIL n. 169**

##### *Lavoro*

L'art. 20 della Convenzione è l'unico a occuparsi strettamente delle condizioni di impiego e di lavoro degli individui indigeni, prevedendo per questi una protezione speciale nel caso in cui entrino a far parte del sistema economico nazionale o internazionale<sup>105</sup>. In particolare sono stabilite determinate misure per prevenire

---

<sup>103</sup> In queste zone vengono sfruttate risorse naturali come la legna e le noci. Le terre sono state per anni gestite da grandi proprietari terrieri per lo più stranieri che obbligavano le comunità residenti a trasferirsi in zone più remote della selva per non intralciare le attività di raccolta oppure li impiegavano come mano d'opera nelle stesse attività in condizioni disumane, senza riconoscere loro alcun diritto sulle terre che abitavano da generazioni e nessun compenso in termini di denaro, ma solo fornendo loro generi di sussistenza. Per maggiori informazioni sulla situazione dei popoli indigeni nelle zone amazzoniche boliviane vedere [www.cejis.org](http://www.cejis.org).

<sup>104</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit., p. 101.

<sup>105</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 20: "1. Governments shall, within the framework of national laws and regulations, and in co-operation with the peoples concerned, adopt special measures to ensure the effective protection with regard to recruitment and conditions of employment of workers belonging to these peoples, to the extent that they are not effectively protected by laws applicable to workers in general. 2. Governments shall do everything possible to prevent any discrimination between workers belonging to the peoples concerned and other workers, in particular as regards: (a) admission to employment, including skilled employment, as well as measures for promotion and advancement; (b) equal remuneration for work of equal value; (c) medical and social assistance, occupational safety and health, all social security benefits and any other occupationally related benefits, and housing; (d) the right of association and freedom for all lawful trade union activities, and the right to conclude collective agreements with employers or employers' organisations. 3. The measures taken shall include measures to ensure: (a) that workers belonging to the peoples concerned, including seasonal, casual and migrant workers in agricultural and other employment, as well as those employed by labour contractors, enjoy the protection afforded by national law and practice to other such workers in the same sectors, and that they are fully informed of their rights under labour legislation and of the means of redress available to them; (b) that workers belonging to these peoples are not subjected to working conditions hazardous to their health, in particular through exposure to pesticides or other toxic substances; (c) that workers belonging to these peoples are not subjected to coercive recruitment systems, including bonded labour and other forms of debt servitude; (d) that workers belonging to these peoples enjoy equal opportunities and equal treatment in employment for men and women, and protection

qualsiasi tipo di discriminazione al momento della selezione e durante l'impiego: dovranno essere remunerati al pari dei lavoratori non indigeni; non potranno lavorare in condizioni di sfruttamento; avranno il diritto di associazione; dovranno poter usufruire di un'assicurazione medica. Queste disposizioni sono particolarmente rilevanti nei casi in cui gli individui indigeni vengano impiegati per lavorare ai fini dello sfruttamento delle risorse naturali<sup>106</sup>.

### *Sviluppo ed economie tradizionali*

Gli artt. 21-23 della Convenzione stabiliscono per i Governi l'obbligo di tenere in considerazione l'economie tradizionali dei popoli indigeni ai fini di permettere uno sviluppo partecipato per questi gruppi, che dovrà tener conto della loro specificità culturale. L'economia tradizionale è riconosciuta come un importante elemento per la continuazione dell'esistenza dei popoli indigeni e per questo motivo dovrà essere sostenuta da programmi specifici promossi dagli Stati di appartenenza.

I diritti dei popoli indigeni relativi al concetto di "sviluppo" si possono dividere per gruppi tematici all'interno del contesto della Convenzione OIL n. 169:

- il diritto di controllo sul proprio sviluppo economico, sociale e culturale;
- il diritto ad essere consultati e a partecipare nei piani di sviluppo locale, nazionale e regionale;
- il diritto all'indagine di valutazione degli effetti sociali, culturali, spirituali e ambientali delle attività;
- il diritto ai benefici: tutti i progetti di sviluppo devono migliorare la situazione socioeconomica dei popoli indigeni e tribali;
- il diritto alle terre, territori e alle risorse naturali come condizione fondamentale e necessaria perché i popoli indigeni possano sviluppare il proprio sistema sociale in base ai propri interessi e necessità<sup>107</sup>.

Se il fine ultimo predominante delle strategie di sviluppo nazionale e internazionale è

---

from sexual harassment. 4. Particular attention shall be paid to the establishment of adequate labour inspection services in areas where workers belonging to the peoples concerned undertake wage employment, in order to ensure compliance with the provisions of this Part of this Convention."

<sup>106</sup> Sono numerosi gli esempi che si possono riportare in relazioni a popoli indigeni sfruttati come mano d'opera, per un approfondimento vedere IWGIA & ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, *Enslaved Peoples in the 1990's. Indigenous Peoples Debt Bondage and Human Rights*, IWGIA Doc. 83, Copenhagen, 1997.

<sup>107</sup> OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit., p. 118.

la riduzione della povertà, non considerare le percezioni e aspirazioni dei popoli indigeni nelle politiche economiche nazionali può comportare a un aggravamento della situazione, debilitando le strutture tradizionali di sussistenza di questi gruppi e promuovendo un modello di sviluppo non sostenibile nel tempo<sup>108</sup>.

### *Sanità e sicurezza sociale*

Gli artt. 24 e 25 stabiliscono che gli individui indigeni hanno diritto di accesso ai servizi di sicurezza sociale e di attenzione medica al pari degli altri cittadini. Tali servizi dovranno però, quando possibile, tenere in considerazione la particolare condizione culturale di questi popoli e valorizzare le conoscenze mediche tradizionali. Gli individui indigeni sono spesso emarginati e discriminati nelle possibilità di accesso ai servizi della sanità pubblica, per il fatto di vivere solitamente in zone remote e di difficile connessione con le strutture sanitarie o per gli elevati costi dei servizi. Per questo si rende necessario per gli Stati destinare dei fondi e dei programmi specifici al fine di compensare le disparità e le difficoltà che gli individui indigeni devono affrontare per godere del proprio diritto fondamentale alla salute<sup>109</sup>.

### *Istruzione e mezzi di comunicazione*

Gli artt. 26 - 31 della Convenzione OIL n. 169 riprendono in parte quanto già previsto nella Convenzione OIL n. 107 in tema di istruzione. I principali problemi in relazione agli individui indigeni in tema di istruzione sono: la difficoltà di accesso alle strutture scolastiche di educazione primaria e secondaria; le difficoltà linguistiche; l'incompatibilità con il lavoro cui spesso i bambini indigeni devono adempiere<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>109</sup> Convenzione OIL n. 169: "1. Governments shall ensure that adequate health services are made available to the peoples concerned, or shall provide them with resources to allow them to design and deliver such services under their own responsibility and control, so that they may enjoy the highest attainable standard of physical and mental health. 2. Health services shall, to the extent possible, be community-based. These services shall be planned and administered in co-operation with the peoples concerned and take into account their economic, geographic, social and cultural conditions as well as their traditional preventive care, healing practices and medicines. 3. The health care system shall give preference to the training and employment of local community health workers, and focus on primary health care while maintaining strong links with other levels of health care services. 4. The provision of such health services shall be co-ordinated with other social, economic and cultural measures in the country."

<sup>110</sup> HENRIKSEN, *Key principles in Implementing ILO Convention n. 169*, Ginevra, 2008.



Tra i principi fondamentali che la Convenzione vuole introdurre vi sono la necessità di garantire l'accesso a un'istruzione di qualità ai bambini indigeni<sup>111</sup> e che gli Stati creino un sistema educativo bilingue e che valorizzi gli aspetti peculiari e storici di ciascuna cultura in relazione anche alle indicazioni previste nella *Dichiarazione Universale sulla Diversità Culturale* della UNESCO<sup>112</sup>.

L'istruzione e i mezzi di comunicazione di massa sono visti come strumenti fondamentali per eliminare la discriminazione nei confronti delle persone indigene, oltre che per prevenire e ridurre i conflitti nelle società multiculturali:

“Educational measures shall be taken among all sections of the national community, and particularly among those that are in most direct contact with the peoples concerned, with the object of eliminating prejudices that they may harbour in respect of these peoples. To this end, efforts shall be made to ensure that history textbooks and other educational materials provide a fair, accurate and informative portrayal of the societies and cultures of these peoples.”<sup>113</sup>.

#### *Contatti e Cooperazione oltre confine*

L'art. 32 della Convenzione prende in considerazione il dato di fatto che molti popoli indigeni appartenenti alla stessa etnia sono spesso divisi in Stati nazionali differenti. Al fine di tutelare le possibilità di comunicazione e scambi tra questi gruppi:

“Governments shall take appropriate measures, including by means of international agreements, to facilitate contacts and co-operation between indigenous and tribal peoples across borders, including activities in the economic, social, cultural, spiritual and environmental fields.”<sup>114</sup>.

Nella pratica esistono numerosi esempi di applicazione di questo principio: la Costituzione del Venezuela riconosce il diritto dei popoli indigeni di frontiera a transitare liberamente con i propri beni attraverso i confini nazionali, in virtù proprio

---

<sup>111</sup> Convenzione OIL n. 169, art. 26, 27.

<sup>112</sup> *Ibidem*, artt. 28, 29.

<sup>113</sup> *Ibidem*, art. 31.

<sup>114</sup> *Ibidem*, art. 32.

della preesistenza di questi popoli sul territorio; allo stesso modo esiste una cooperazione transfrontaliera tra i membri del popolo Saami diviso tra Norvegia, Svezia, Finlandia e Russia; in Colombia esiste una legge nazionale che regola la possibilità di scambi transfrontalieri tra comunità indigene; tra Ecuador e Perù, dal 1995, esiste un parco “binazionale”, ossia un’area neutrale e protetta dove i popoli indigeni possono circolare liberamente indipendentemente dalle frontiere tra i due Stati<sup>115</sup>.

## **5. L’impatto della Convenzione OIL n. 169 sugli ordinamenti nazionali: il riconoscimento dei diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati parte**

A partire dagli anni ‘90 una serie di Stati, latinoamericani in particolare, ha promulgato nuove costituzioni o modificato le esistenti, con la finalità comune di riconoscere la diversità culturale e etnica, o il carattere pluriculturale e multi-etnico degli Stati in questione<sup>116</sup>. Queste riforme sono state certamente indotte anche dall’adozione a livello internazionale della Convenzione OIL n. 169.

Molte di queste Costituzioni riconoscono esplicitamente il *diritto alla terra* dei popoli indigeni presenti sul territorio nazionale, riconoscendolo quindi a livello istituzionale come presupposto per la sopravvivenza di questi gruppi. Si deve sottolineare che gli sviluppi a livello costituzionale non sono sufficienti per proteggere effettivamente i popoli indigeni nel godimento della loro terra e delle risorse naturali. Inoltre, tali progressi raggiunti dal diritto interno degli Stati, come si è visto, sono lungi dall’essere pienamente attuati e tradotti in realtà per i popoli indigeni. Tuttavia, questi sviluppi indicano una chiara tendenza della prassi in materia, costituiscono obblighi giuridici per i funzionari degli Stati ai sensi del diritto nazionale e creano delle aspettative per un comportamento conforme da

---

<sup>115</sup> Per un approfondimento sul tema vedere OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica*, op.cit., p. 166 ss.

<sup>116</sup> ASSIES, op.cit., p. 21. Tra le costituzioni riformulate a partire dagli anni ‘90 si ricordano: Argentina, 1994; Bolivia, (modificata nel 1994 e sostituita dalla nuova Costituzione del 2009); Brasile, 1988; Ecuador 1998 e sostituita dalla nuova Costituzione del 2008; Guatemala, 1993; Paraguay, 1992; Perù, 1993; Messico, 1992 (modificata nel 2004); Cile, 1997 (modificata nel 2005); Nicaragua, 1987 (modificata nel 1995 e nel 2000); Colombia, (modificata nel 2001 e nel 2005). Per un’analisi approfondita del riconoscimento dei popoli indigeni nelle Costituzioni in America Latina cfr. BARIÉ, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, La Paz, 2003.

parte della comunità internazionale. Secondo alcuni autori, il risultato di questa pratica degli Stati, insieme alla relativa prassi a livello internazionale, costruisce diritto internazionale consuetudinario: si può affermare che esiste un modello in relazione al riconoscimento del diritto alla terra dei popoli indigeni comune agli Stati membri dell'OAS, il quale potrebbe costituire diritto internazionale consuetudinario a livello regionale<sup>117</sup>.

A seguire, senza pretesa di esaustività, una breve rassegna delle Costituzioni degli Stati parte della Convenzione OIL n. 169 che riconoscono i diritti dei popoli indigeni, con un'attenzione particolare per gli articoli che sanciscono i diritti territoriali.

#### *a. Nicaragua*

La Costituzione del Nicaragua afferma la natura multi-etnica dello Stato<sup>118</sup> e dedica la VI sezione a i diritti delle comunità della costa atlantica, specificando all'art. 89:

“Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.”.

Il Titolo IX della Costituzione nicaraguense si occupa della divisione politico e amministrativa del territorio e prevede due articoli per riconoscimento del diritto delle comunità a vivere e svilupparsi secondo le proprie forme di organizzazione sociale e, a tal fine, lo Stato garantisce loro l'utilizzo delle risorse naturali, il riconoscimento delle forme di

---

<sup>117</sup> ANAYA & WILLIAMS, *The Protection*, op. cit. p. 58.

<sup>118</sup> *Constitución Política de la República de Nicaragua*, Managua, 9 gennaio 1987 (incluse le modifiche previste dalla: *Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política de la República de Nicaragua*, n. 192 del 1 febbraio 1995; *Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política de la República de Nicaragua*, n. 330 del 18 gennaio 2002; *Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política de la República de Nicaragua*, n. 527 del 8 aprile 2005), art. 8: “El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.”.

proprietà comunitaria e libera scelta delle proprie autorità. Inoltre lo Stato si impegna a definire, attraverso una legge, il regime di autonomia di questi popoli<sup>119</sup>.

#### *b. Brasile*

La Costituzione del Brasile intitola il capitolo VII “De los Indios”<sup>120</sup>. In questa sezione lo Stato riconosce l’organizzazione sociale, i costumi, le lingue, le tradizioni e i diritti originari sulle terre tradizionalmente occupate agli “indios”<sup>121</sup>.

In particolare la Costituzione brasiliana definisce come “terre tradizionalmente occupate” quelle che vengono utilizzate per le attività produttive imprescindibili per la sopravvivenza delle popolazioni in questione, e stabilisce che gli “indios” avranno il possesso esclusivo di queste terre, delle risorse del suolo e delle acque presenti nelle aree determinate. Lo sfruttamento delle risorse del sottosuolo nelle zone abitate dagli *indios*, potrà essere realizzato solo con l’autorizzazione del Congresso nazionale, una volta “ascoltate” le comunità interessate e assicurando loro la partecipazione nei risultati delle operazioni. Le terre indigene sono inalienabili e il trasferimento dei gruppi indigeni presenti è proibito, salvo casi eccezionali e specifici, e viene garantito il diritto di ritorno. La Costituzione dichiara nulli ed estinti gli atti che hanno come oggetto l’occupazione, la proprietà o il possesso delle terre indigene o lo sfruttamento delle risorse naturali ad esse appartenenti

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, art. 180: “Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a esta comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes. Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.” e art. 181: “El Estado organizará por medio de una ley, el régimen de autonomía en las regiones donde habitan las Comunidades de la Costa Atlántica para el ejercicio de sus derechos.”.

<sup>120</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 ottobre 1988.

<sup>121</sup> Da notare che in Brasile, all’epoca in cui fu adottata la Costituzione del 1988, vigeva già l’ *Estatuto do Índio*, legge n. 6001 del 19 dicembre del 1973, testo da cui furono tratte alcune definizioni e riportate a livello costituzionale. Lo Statuto specificava alcune disposizioni relative ai popoli indigeni, contenute nella precedente Costituzione del 1969 (artt. 4, 8 e 198). In particolare: definizione e classificazione degli indigeni (art. 3 e 4), tutela attraverso un’agenzia specifica – la Fondazione Nazionale delle Indiane (FUNAI) – (art. 7), l’integrazione come fine della politica indigenista (art. 1), di proprietà e uso (articolo 2) e la delimitazione delle terre indigene da parte del FUNAI entro cinque anni (articoli 19 e 65); il diritto di partecipare ai profitti derivanti dallo sfruttamento delle risorse naturali (art. 24 dello Statuto, ripreso nell’art. 231 della Costituzione), il riconoscimento di entità collettive in controversie (art. 37 dello Statuto e art. 232 Cost.), il rispetto per tradizioni, costumi e tradizioni (art. 6 dello Statuto e l’art. 231 della Costituzione) e l’istruzione bilingue (art. 49 dello Statuto e l’art. 215 della Costituzione). Lo Statuto del 1973 non è ancora stato sostituito, benché siano state formulate delle proposte come lo Statuto delle Società indigene, legge n. 2057/91 del 29 giugno 1994.

salvo i casi di interesse pubblico, stabiliti da leggi specifiche. Le comunità indigene potranno far valere i propri diritti come parti nei processi<sup>122</sup>.

### c. *Messico*

La Costituzione messicana del 1917 stabilisce già all'art. 2 la composizione pluriculturale della nazione:

“La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”<sup>123</sup>;

definisce come fondamentale il criterio di autoidentificazione per la determinazione dei popoli indigeni all'interno del territorio statale:

“La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.”<sup>124</sup>;

e stabilisce una serie di disposizioni generali che garantiscono l'autonomia dei popoli indigeni presenti nello Stati federali del Messico:

“El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.”<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, artt. 231, 232.

<sup>123</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Città del Messico, 5 febbraio 1917, ultima riforma 24 agosto 2009, art. 2.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> *Ibidem*, e segue: “A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades

#### *d. Paraguay*

La Costituzione del Paraguay del 1992 dedica ai popoli indigeni il capitolo V: sei articoli (62-67) che tutelano l'identità etnica, la proprietà comunitaria delle terre, il diritto di partecipazione, il diritto di istruzione e assistenza<sup>126</sup>. I popoli indigeni sono definiti come "gruppi di cultura precedenti" alla formazione dello Stato paraguayano<sup>127</sup>.

In relazione alla terra, la Costituzione riconosce ampi diritti ai popoli indigeni:

"Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos."<sup>128</sup>

---

indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas. VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público."

<sup>126</sup> *Constitución Política de la República de Paraguay*, Asunción, 20 giugno 1992.

<sup>127</sup> *Ibidem*, art. 62.

<sup>128</sup> *Ibidem*, art. 63.

e. *Perù*

La costituzione peruviana non utilizza il termine “popoli indigeni” e non fa riferimento alla composizione multietnica dello Stato nel preambolo. Il primo riferimento alla diversità culturale si ritrova nell’art. 48:

“Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”<sup>129</sup>.

In seguito dedica un capitolo alle “comunidades nativas y campesinas, senza utilizzare il termine “indigene”. La Costituzione riconosce la proprietà comunitaria sulle terre:

“El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.”<sup>130</sup>.

Il testo non menziona altri diritti particolari per i membri delle comunità native, ma riconosce loro una sorta di autonomia, oltre che la personalità giuridica. Lo Stato rispetta, secondo Costituzione, l’identità culturale di queste comunità, senza però alcuna specificazione a riguardo<sup>131</sup>.

f. *Guatemala*

La Costituzione del Guatemala<sup>132</sup> prevede l’intera terza sezione (artt. 66-70) per la tutela delle comunità indigene. Il Guatemala è composto da diversi gruppi etnici, tra i quali gli

---

<sup>129</sup> *Constitución Política del Perú*, Lima, 31 dicembre 1993 (riformata nel 1995, 2000, 2002 e 2005).

<sup>130</sup> *Ibidem*, art. 88 (1).

<sup>131</sup> *Ibidem*, art. 89: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”.

<sup>132</sup> *Constitución Política de la República del Guatemala*, Città del Guatemala, 31 maggio del 1985, riformata il 17 novembre del 1993.

indigeni di discendenza maya. Lo Stato quindi riconosce, rispetta e promuove le forme di vita, l'organizzazione sociale e le lingue di questi gruppi<sup>133</sup>.

Due articoli sono dedicati alla protezione delle terre delle comunità indigene e al riconoscimento della proprietà comunitaria:

“Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.”<sup>134</sup>

Viene previsto dalla Costituzione che sarà necessaria una legge specifica per regolamentare la materia trattata in questa sezione<sup>135</sup>.

#### *g. Argentina*

La Costituzione argentina non dedica una sezione specifica ai popoli indigeni, però all'art. 75, comma 17, individua tra le funzioni del Congresso:

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, art. 66: “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

<sup>134</sup> *Ibidem* art. 67 e art. 68: “Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.”.

<sup>135</sup> *Ibidem*, art. 70.



demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”<sup>136</sup>.

#### h. *Colombia*

Il testo costituzionale colombiano riconosce e protegge la diversità etnica e culturale della nazione<sup>137</sup>, riconosce come “entità territoriali” i territori indigeni, insieme ai municipi, i distretti e le regioni<sup>138</sup>. Le stesse entità territoriali sono autonome e portano gestire i propri interessi liberamente entro i limiti stabiliti dalla Costituzione<sup>139</sup>. In particolare viene prevista una legge che stabilirà i criteri per la delimitazione delle terre indigene con la partecipazione dei gruppi coinvolti:

“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.”<sup>140</sup>.

La Costituzione colombiana si distingue perché non dedica un capitolo specifico ai popoli indigeni, ma in numerose parti del testo si possono trovare riferimenti a questi, in quanto parte integrante della società e non, come accade in altre costituzioni esaminate, come una parte “distinta” dalla società nazionale<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> *Constitución de la Nación Argentina*, Santa Fe, 22 agosto 1994, art. 75 (17).

<sup>137</sup> *Constitución de la República de Colombia*, Bogotá, 4 luglio 1991, (riformata nel 2005), art. 7.

<sup>138</sup> *Ibidem*, art. 286.

<sup>139</sup> *Ibidem*, art. 287.

<sup>140</sup> *Ibidem*, art. 329.

<sup>141</sup> Vedere per esempio in relazione all’acquisizione della nazionalità colombiana l’art. 96(2), c): “Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.”; o nel capitolo 5 dedicato alle giurisdizioni speciali, l’art. 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”; nel capitolo 4 dedicato al Senato, art. 171 (2): “Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.”.

i. *Cile*

Nella costituzione cilena del 1980<sup>142</sup> non vi è un riferimento esplicito ai popoli indigeni, però nel 1993 viene emanata la *Ley Indígena* n. 19253<sup>143</sup> che regola in maniera dettagliata determinate questioni legate ai popoli indigeni. In particolare questa legge contiene disposizioni che riconoscono i diritti delle comunità indigene sulle terre che essi occupano o possiedono. All'art. 13 la legge prevede che le terre dei popoli indigeni non saranno vendute né tassate. Gli artt. 18 e 19 della *Ley Indígena* riconoscono i diritti collettivi sulle terre, come stabilito dalle tradizioni di ogni gruppo etnico e il diritto delle popolazioni indigene di impegnarsi in attività collettive nelle terre. Le comunità indigene interessate possono chiedere un trasferimento volontario nelle aree culturalmente significative per la propria tradizione. Gli artt. 26 e 27 prevedono l'istituzione di zone di sviluppo per favorire lo sviluppo armonioso dei popoli indigeni e delle loro comunità. Altri articoli della legge prevedono la partecipazione delle popolazioni indigene in materia di stabilimento e pianificazione delle aree protette, così come nei processi decisionali che riguardano i loro diritti.

j. *Ecuador*

La nuova Costituzione dell'Ecuador, del 19 luglio 2008<sup>144</sup>, già nel linguaggio del Preambolo presenta alcune peculiarità tipiche di uno Stato multiculturale. Il precedente testo del 1998 affermava la multiculturalità della nazione presentata in particolare nel capitolo 5, "De los derechos colectivos", con la prima sezione denominata "De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos"<sup>145</sup>.

Un'importante differenza si può notare nel recente documento approvato nel 2008 è l'incorporazione vera e propria della cultura indigena nella Costituzione e non più solo un riconoscimento della presenza della stessa cultura nel territorio dello Stato. L'intero capitolo quarto è dedicato alle comunità e popoli indigeni. In particolare, vengono riconosciuti i differenti gruppi indigeni presenti sul territorio e a questi vengono attribuiti una serie di diritti collettivi specifici: la tutela dell'identità culturale; il mantenimento delle forme di organizzazione sociale ed economica; la proprietà e il possesso collettivo delle

---

<sup>142</sup> *Constitución Política de la República de Chile*, Santiago, 8 agosto 1980 (con modifiche fino al 2005).

<sup>143</sup> *Ley Indígena* n. 19253, Santiago, 27 settembre 1993.

<sup>144</sup> *Constitución Política de la República de Ecuador*, Quito, 24 luglio 2008.

<sup>145</sup> *Constitución Política de la República de Ecuador*, Quito, 5 giugno 1998.

terre comunitarie; il diritto di partecipazione e consultazione in relazione alla gestione delle risorse naturali; il riconoscimento del diritto consuetudinario indigena; i diritti di proprietà intellettuale sulle conoscenze tradizionali; il diritto di autodeterminazione per i popoli isolati e il rispetto della volontà di vivere in situazioni di isolamento<sup>146</sup>.

k. *Bolivia*

La Bolivia rappresenta certamente una situazione esemplare nel campo del riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni. Già la Costituzione boliviana del 1967, con le modifiche apportate fino al 2005, in particolare all'art. 171 (modificato con la riforma costituzionale del 12 agosto 1994, grazie alla quale per la prima volta veniva riconosciuto il carattere multietnico e pluriculturale dello Stato Boliviano -art. 1-)<sup>147</sup>, garantiva e proteggeva i diritti sociali, economici e culturali delle popolazioni indigene tra cui i diritti legati alla loro identità, valori, linguaggi, costumi, istituzioni, alla terra, e all'utilizzo delle risorse naturali<sup>148</sup>. Oltre a questa disposizione costituzionale, sono state emanate negli ultimi decenni diverse leggi per la protezione dei diritti alla terra dei popoli indigeni. Per esempio la Risoluzione Suprema n. 205862 del 17 febbraio 1989 dichiara la necessità nazionale e sociale del riconoscimento, l'assegnazione, e la proprietà delle aree territoriali indigene al fine di garantire il loro pieno sviluppo economico e culturale. I vari decreti attuativi hanno riconosciuto e delimitato le terre delle popoli indigene.

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, artt. 56-60. In particolare sulla terra l'art. 57(4): "Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos." e l'art. 60 riconosce le forme ancestrali di organizzazione territoriale facendo riferimento alla preservazione delle culture: "Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial."

<sup>147</sup> *Constitución Política de la República de Bolivia*, La Paz, 2 febbraio 1967, art. 171, intitolato *Reconocimiento de derechos de pueblos indígenas*: "I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado."

<sup>148</sup> Cfr. KREIMER, *Report of the Rapporteur, Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories*, GT/DADIN/doc. 113/03 rev.1, 20 febbraio 2003; HARB & MORENO, *Constitución Política del Estado Reformada, Comentada, concordada. Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994*, La Paz, 1999.

La Bolivia ratifica la Convenzione OIL n. 169, con la Legge 1257<sup>149</sup> e riconosce il diritto di proprietà delle popoli indigene e il possesso delle terre (art.14). La Legge n. 1715 (*Ley INRA*)<sup>150</sup>, del Servizio Nazionale di Riforma Agraria, ribadisce le disposizioni costituzionali di cui all'art. 171 e garantisce i diritti dei popoli indigeni alle loro "Tierras Comunitarias de Origen" (TCO) e il diritto all'utilizzo sostenibile delle risorse naturali rinnovabili. Allo stesso modo, la Legge n. 1715 mira a proteggere l'integrità delle aree in cui vivono i popoli indigeni, riconoscendo la priorità dei diritti delle comunità indigene sulle loro terre nei confronti di terzi, in caso di conflitto. Inoltre, la Legge Forestale del 1996<sup>151</sup> riconosce i diritti dei popoli indigeni che vivono nella foresta i diritti sulle terre che abitano e vieta allo Stato di rilasciare concessioni nelle zone in cui vivono queste comunità. La stessa legge stabilisce per le comunità indigene la priorità per quanto riguarda le sovvenzioni nelle aree da essi abitate, riconoscendoli come gestori dei piani di sviluppo nelle zone forestali. Nonostante questo apparato normativo, a causa di diversi problemi di ordine politico, amministrativo e burocratico dal 1997 al 2002 sono state assegnate numerose concessioni a terzi per lo sfruttamento delle risorse naturali nelle terre dei popoli indigeni boliviani, ma è certamente positivo che all'incirca un 18% delle terre reclamate furono dichiarate TCO<sup>152</sup>.

Negli ultimi anni però la Bolivia ha rappresentato realmente un'avanguardia per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni, grazie anche a un susseguirsi di avvenimenti politici che hanno permesso l'affermarsi delle rivendicazioni di questa parte della popolazione, che costituisce oltre il 60% della nazione.

In particolare in questa sede è interessante sottolineare che, il 31 ottobre 2007, la Bolivia è stato il primo e unico paese (alla data) ad aver convertito in legge la UNDRIP<sup>153</sup>, attribuendole quindi carattere vincolante. In secondo luogo, la recente approvazione della nuova Costituzione Boliviana del 2009 segna un decisivo passo nell'affermazione della "plurinazionalità" dello Stato, sulla base della coesistenza di più popoli nel territorio nazionale. In particolare è di notevole interesse l'art. 2:

---

<sup>149</sup> Legge n. 1257 del 11 luglio 1991.

<sup>150</sup> Legge n. 1517 del 18 ottobre 1996.

<sup>151</sup> Legge Forestale n. 1700 del 12 luglio 1996.

<sup>152</sup> AYLWIN, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en America Latina: Antecedentes Historicos y Tendencias Actuales*, OEA, doc. 97/02, p. 8.

<sup>153</sup> Legge n. 1110/07 del 31 ottobre 2007.

“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”<sup>154</sup>

L'intero capitolo IV della Costituzione è dedicato esclusivamente ai diritti dei popoli indigeni, in particolare l'art. 30 stabilisce in maniera dettagliata le basi sulle quali verranno poi emanate le leggi specifiche per la garanzia effettiva di questi diritti:

“Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.”

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

---

<sup>154</sup> *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, 7 febbraio 2009, art. 2. Già nel Preambolo viene dichiarata l'intenzione di riformare lo Stato a partire dal riconoscimento dei popoli indigeni presenti e storicamente esclusi: “(...) Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.”.

6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.”<sup>155</sup>.

Sono numerosi i cambi e le novità apportate dal nuovo testo costituzionale, a partire dal riconoscimento ufficiale della giustizia indigena, alla gestione partecipata delle risorse naturali (che restano comunque proprietà dello Stato), alla quota fissa di parlamentari rappresentativa dei popoli indigeni. La sfida per la Bolivia sarà ora quella di riuscire a rendere effettive queste disposizioni, coordinando il sistema istituzionale ai differenti sistemi indigeni nei diversi ambiti contemplati<sup>156</sup>.

### 1. Costa Rica

Nella Costituzione del Costa Rica non vi sono disposizioni speciali relative ai popoli indigeni (che nel paese rappresentano solo l'1.3% della popolazione), l'unica menzione

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, art. 30.

<sup>156</sup> Sono già state emanate diverse leggi per la regolamentazione delle questioni più complesse, tra cui: *Ley del Órgano Electoral Plurinacional*, n. 018 del 16 giugno 2010; *Ley del Órgano Judicial* n. 025 del 24 giugno 2010; *Ley del Régimen Electoral* n. 026 del 30 giugno 2010; *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, n. 027 del 6 luglio 2010; *Ley Marco de Autonomías y Descentralización* Andrés Ibáñez, n. 031 del 19 luglio 2010. Vedere COLQUE, *La propiedad colectiva o comunitaria Recientes enfoques y dilemas en la legislación agraria*, La Paz, 2009; ALBÓ & ROMERO, *Autonomías Indígenas en la Realidad Boliviana y su nueva Constitución*, La Paz, 2009.

esplicita è in riferimento al mantenimento delle lingue indigene, all'art. 76<sup>157</sup>. Il Costa Rica ha in ogni caso ratificato la Convenzione OIL n. 169<sup>158</sup> ed esiste un apparato normativo che tutela i diritti territoriali e gli altri diritti fondamentali degli indigeni<sup>159</sup>.

#### m. *Honduras*

La normativa a tutela dei popoli indigeni in Honduras non è particolarmente avanzata, nonostante rappresentino circa il 15% della popolazione nazionale. Nella Costituzione del 1982 (con riforme fino al 2005)<sup>160</sup> è presente un unico riferimento esplicito alle comunità indigene, nel capitolo III, dedicato alla riforma agraria:

“Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.”<sup>161</sup>.

L'art. 173 definisce una debole tutela invece alle culture “native”. In Honduras sono numerosissime le violazioni dei diritti dei popoli indigeni e della Convenzione OIL n. 169, che in questo caso si può affermare non è servita, alla data, a indurre delle riforme sostanziali nell'ordinamento nazionale.

#### n. *Venezuela*

La Costituzione venezuelana del 1999<sup>162</sup> dedica l'intero capitolo VIII ai diritti dei popoli indigeni. Il riconoscimento dei diritti territoriali, in connessione con gli altri diritti fondamentali dei popoli indigeni è ampio, e viene stabilito all'art. 119:

---

<sup>157</sup> *Constitución Política de Costa Rica*, San José, 7 de noviembre de 1949 (modificata con riforme fino al 2003), art. 76: “El español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales.” modificato con la Riforma Costituzionale n. 7878 del 27 de maggio del 1999.

<sup>158</sup> Legge n. 7316 del 16 ottobre 1992.

<sup>159</sup> Tra le principali: *Ley General de Terrenos Baldíos*, n. 13 del 6 gennaio 1939; *La Ley de Tierras y Colonización*, n. 2825 del 14 ottobre 1961; *Ley Indígena*, n. 6172 del 29 novembre 1977; *Ley Forestal*, n. 7.575 del 13 febbraio 1996.

<sup>160</sup> *Constitución Política de la República de Honduras*, Tegucigalpa, 11 gennaio 1982.

<sup>161</sup> *Ibidem*, art. 346.

<sup>162</sup> *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, 20 dicembre 1999 (modificata con riforme fino al 2009).

“El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.”<sup>163</sup>

Di notevole interesse anche l'art. 120 dove viene stabilito che la gestione delle risorse naturali presenti sulle terre indigene non dovrà ledere l'integrità culturale, sociale ed economica dei popoli che le abitano, a tale scopo viene sancito il diritto di consultazione delle comunità indigene interessate<sup>164</sup>. Il linguaggio della Costituzione è interessante, rispetto a molte altre dello stesso periodo, infatti viene utilizzato il termine “popolo” indigeno, seppure con la specificazione, all'art. 126, che non potrà essere interpretato con la stessa accezione che gli attribuisce il diritto internazionale.

In ogni caso, nell'intero testo costituzionale, si possono ritrovare riferimenti significativi per la tutela dei diritti dei popoli indigeni: l'art. 121 tutela l'identità etnica; l'art. 260 riconosce i sistemi di giustizia applicati nei territori indigeni; l'art. 186 garantisce una percentuale di rappresentanti indigeni nel parlamento; la proprietà intellettuale collettiva, art. 124.

Al di fuori della regione latinoamericana, tra gli Stati parte della Convenzione OIL n. 169 che riconoscono i diritti dei popoli indigeni a livello costituzionale:

o. *Norvegia*

Nel 1988 il Parlamento norvegese ha modificato l'art. 110, a) della Costituzione, che stabilisce: “It is the responsibility of the authorities of the State to create conditions enabling the Sami people to preserve and develop its language, culture and way of life.”<sup>165</sup>. Sulla base di questo principio fondamentale dovrà essere elaborata la normativa relativa al

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, art. 119.

<sup>164</sup> *Ibidem*, art. 120: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.

<sup>165</sup> Costituzione del Regno di Norvegia, Eidsvoll, 17 maggio 1814 (con modifiche al 2007), art. 110, a).



popolo Saami all'interno del territorio norvegese. Non vi sono riferimenti costituzionali specifici per la tutela dei diritti territoriali dei Saami<sup>166</sup>.

p. *Fiji*

La Costituzione delle Fiji del 1987<sup>167</sup>, nella sezione sesta del capitolo 2, prevede una serie di disposizioni che si riferiscono ai popoli indigeni, in particolare in relazione alle terre:

“the ownership of Fijian land according to Fijian custom, the ownership of freehold land, and the rights of landlords and tenants under leases of agricultural land are preserved”.<sup>168</sup>

Ai punti d) ed e) viene riconosciuta una sorta di autonomia amministrativa e a seguire vengono stabilite una serie di disposizioni ai fini di assicurare una rappresentanza e partecipazione politica delle comunità delle Fiji; la libertà di religione; il diritto allo sviluppo economico<sup>169</sup>. La protezione dei diritti dei popoli indigeni è indebolita dalle disposizioni della sezione 7 che specificano che i principi stabiliti nella sezione 6 sono “non-justiciable”, benché dovranno essere tenuti in considerazione nell'interpretazione del testo costituzionale<sup>170</sup>.

q. *Dominica*

In Dominica la popolazione indigena si aggira attorno alle 3.400 persone, la maggior parte di queste ha vissuto in una riserva di circa tremila ettari, creata nel 1903 e ampliata nel 1997. La riserva è regolata dal *Carib Reserve Act* del 1978 che stabilisce un regime di autonomia per i popoli indigeni presenti sul territorio corrispondente<sup>171</sup>. Nella Costituzione della Dominica<sup>172</sup> non sono presenti riferimenti espliciti ai diritti dei popoli indigeni.

---

<sup>166</sup> Sulla vicenda del popolo Saami vedere *supra* cap. II. In quanto alla normativa norvegese in relazione ai Saami vale la pena ricordare il *Cultural Heritage Act* del 6 settembre 1978, che tutela i siti storici e i monumenti Saami, e il *Reindeer Herding Act* del 9 giugno 1978, che disciplina le autorizzazioni per allevamento delle renne del popolo Sami. I beneficiari devono essere allevatori di renne di ascendenza Saami e un genitore o un nonno deve aver avuto un allevamento di renne. Inoltre, ogni allevatore di renne avere o essere associato ad una unità operativa. Tali disposizioni devono essere valutate alla luce della tutela generale di allevamento delle renne come attività tradizionale e secondo la normativa norvegese e internazionale.

<sup>167</sup> Costituzione della Repubblica delle Isole Fiji, Suva, 25 luglio 1997 (attualmente in fase di revisione).

<sup>168</sup> *Ibidem*, Sezione 6, b).

<sup>169</sup> *Ibidem*, Sezione 6, c) - l).

<sup>170</sup> *Ibidem*, Sezione 7, 1) e 2).

<sup>171</sup> *Carib Reserve Act*, 31 marzo 1978.

<sup>172</sup> *The Commonwealth of Dominica Constitution*, 25 luglio 1978.

r. *Nepal*

Nella Costituzione del Nepal del 1990<sup>173</sup> non sono presenti riferimenti ai popoli indigeni. Attualmente vige la *Interim Constitution of Nepal* del 2007<sup>174</sup>, dove viene utilizzato il termine “indigenous tribes” in alcune disposizioni relative al divieto di discriminazione, nel testo viene individuata come responsabilità dello Stato attuare una riforma della proprietà delle terre per porre fine al sistema feudale<sup>175</sup>. Il nuovo testo costituzionale del Nepal, in fase di redazione, è previsto per il maggio 2011<sup>176</sup>.

**6. I diritti territoriali dei popoli indigeni nelle Costituzioni degli Stati che non sono parte della Convenzione OIL n. 169**

Alcuni Stati, benchè non abbiano ratificato la Convenzione OIL n. 169, riconoscono nelle proprie costituzioni il diritto alla terra ai popoli indigeni presenti nel territorio nazionale, altri invece, nonostante parte della popolazione nazionale sia indigena, non hanno previsto alcun tipo di riferimento nelle proprie costituzioni.

In questa sede è interessante sottolineare, nella regione latinoamericana, il mancato riconoscimento dei diritti territoriali e culturali dei popoli indigeni nelle costituzioni del Belize<sup>177</sup>, del Suriname<sup>178</sup>, dell'Uruguay<sup>179</sup> e del Guyana<sup>180</sup>; il debole riferimento alla proprietà comunitaria nel testo costituzionale di El Salvador (dove la popolazione indigena

---

<sup>173</sup> *Constitution of the Kingdom of Nepal*, 2047, Katmandu, 9 novembre 1990.

<sup>174</sup> *Interim Constitution of Nepal*, Katmandu, 15 gennaio 2007.

<sup>175</sup> *Ibidem*, art. 33.

<sup>176</sup> Cfr. DEVASISH ROY & HENRIKSEN, *Inclusion of Indigenous Peoples' Rights in the New Constitution of Nepal*, 2010, disponibile alla pagina web: <http://www.OIL.org/indigenous/Resources/Publications>.

<sup>177</sup> *Constitution of Belize*, Belmopan, 21 settembre 1981. Non vi sono riferimenti espliciti ai diritti dei popoli indigeni nonostante rappresentino il 15% della popolazione nazionale. Per i dati demografici cfr. BARIÉ, *Pueblos Indígenas*, op. cit.

<sup>178</sup> *Constitution of Republic of Suriname*, Paramaribo, 30 ottobre 1987 (riformata nel 1992). Non vi sono riferimenti ai popoli indigeni nel testo costituzionale nonostante rappresentino il 6% della popolazione nazionale.

<sup>179</sup> *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 24 agosto 1966 (riformata nel 1996). Non vi sono riferimenti espliciti ai popoli indigeni nonostante rappresentino il 6% della popolazione nazionale.

<sup>180</sup> *Constitution of the Co-operative Republic of Guyana Act 2*, Georgetown, 6 ottobre 1980. Non vi sono riferimenti espliciti ai popoli indigeni nonostante rappresentino il 12% della popolazione nazionale.

rappresenta il 12% della popolazione totale)<sup>181</sup>; alcuni riferimenti espliciti per la tutela delle terre indigene si trovano invece nella Costituzione di Panama<sup>182</sup>.

In altre regioni del mondo, vale la pena citare il caso del Canada, la cui Costituzione del 1982<sup>183</sup> dedica la parte II ai “Rights of Aboriginal Peoples of Canada”, specificando che per popoli aborigeni si intendono gli “Indian, Inuit and Métis peoples of Canada”<sup>184</sup>. In relazione alla terra vi sono due riferimenti l’art. 35 (1): “The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.” e il punto (3) dello stesso articolo intitolato “Land claims agreements”, che riconosce lo *status quo* stabilito attraverso i trattati fino a quel momento stipulati con gli indigeni: “For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”.

Nella Costituzione degli Stati Uniti<sup>185</sup> vi è un riferimento indiretto agli “indiani” in relazione agli accordi stipulati sulle terre nell’art. VI, dove viene dichiarato che i trattati firmati dagli Stati Uniti “shall be the supreme Law of the Land”<sup>186</sup>. Se si considera che nel 1789 avevano stipulato nove accordi in relazione alla terra con differenti popoli indigeni, il riferimento risulta chiaro<sup>187</sup>.

Nella Costituzione australiana del 1900<sup>188</sup> gli “aborigeni” erano menzionati, ma solo per garantire che fossero esclusi dall’ambito di applicazione di alcune disposizioni. Nel 1967 si

---

<sup>181</sup> *Constitución de la República de El Salvador*, El Salvador, 15 dicembre 1983, art. 105 (1): “El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra rústica, ya sea individual, cooperativa, comunal o en cualquier otra forma asociativa, y no podrá por ningún concepto reducir la extensión máxima de tierra que como derecho de propiedad establece esta Constitución.”. Non vi sono riferimenti espliciti ai diritti dei popoli indigeni.

<sup>182</sup> *Constitución de la República de Panama*, Panama, 11 ottobre 1972, art. 123: “El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.”. Riferimenti alle comunità indigene si trovano anche agli artt. 84 (istruzione bilingüe), 86 (tutela dell’identità etnica), 120 e 122 (regime agrario e partecipazione allo sviluppo economico), 287 (beni inalienabili).

<sup>183</sup> *Canada Constitution Act*, Ottawa, 17 aprile 1982.

<sup>184</sup> *Ibidem*, art. 35 (2).

<sup>185</sup> *United States Constitution*, Philadelphia, 17 settembre 1787.

<sup>186</sup> *Ibidem*, art. VI, par. 2: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”.

<sup>187</sup> L’unico riferimento esplicito alle “Indian tribes” si ritrova nella cosiddetta Commerce Clause, nella sezione 8, art. I(3): “[The Congress shall have Power] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes”. Vedere sul tema MILLER, *Native America, Discovered and Conquered. Thomas Jefferson, Lewis and Clark, and Manifest Destiny*, Lincoln, Nebraska, 2008.

<sup>188</sup> *Constitution of the Commonwealth of Australia*, Canberra, 9 luglio 1900.

è svolto un *referendum* che ha portato alla rimozione di questi riferimenti negativi, ma ha lasciato gli indigeni australiani senza alcun riconoscimento a livello costituzionale<sup>189</sup>. Nemmeno nella Costituzione della Nuova Zelanda<sup>190</sup> vi sono riferimenti ai popoli indigeni, nè ai diritti territoriali di questi<sup>191</sup>.

Nella Costituzione della Malesia del 1957 si ritrova una tutela debole e generica dei popoli aborigeni, formulata in senso negativo, all'art. 8 (5) (c): "[This Article does not invalidate or prohibit] any provision for the protection, wellbeing or advancement of the aboriginal peoples of the Malay Peninsula (including the reservation of land) or the reservation to aborigines of a reasonable proportion of suitable positions in the public service"<sup>192</sup>.

Un importante riconoscimento dei diritti territoriali e culturali dei popoli indigeni si ritrova nel testo costituzionale delle Filippine del 1987, che utilizza il termine "ancestral land" in particolare all'art. 12, intitolato "National economy and patrimony", sezione 5:

"The State, subject to the provisions of this Constitution and national development policies and programs, shall protect the rights of indigenous cultural communities to their ancestral lands to ensure their economic, social, and cultural well-being.

The Congress may provide for the applicability of customary laws governing property rights or relations in determining the ownership and extent of ancestral domain"<sup>193</sup>.

Nel 1997 nelle Filippine è stata anche emanata la *Indigenous Peoples Rights Act* (IPRA) che stabilisce una commissione nazionale per i popoli indigeni che si occupa dell'attuazione delle politiche necessarie per la garanzia dei diritti dei popoli indigeni<sup>194</sup>,

---

<sup>189</sup> *Referendum on Constitution Alteration, Aboriginal People*, 27 maggio 1966, viene modificata la sezione 51 (xxvi) che stabiliva che il governo federale avesse il diritto di stabilire la legge in relazione a "the people of any race, other than the Aboriginal race in any State, for whom it is deemed necessary to make special laws" viene rimossa la parte "other than the Aboriginal race in any State"; con lo stesso referendum viene eliminata la sezione 127 della Costituzione che affermava: "In reckoning the numbers of the people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, Aboriginal natives shall not be counted".

<sup>190</sup> *New Zealand Constitution Act*, Wellington, 13 dicembre 1986.

<sup>191</sup> I Maori non sono menzionati nella costituzione della Nuova Zelanda, e la sezione del *New Zealand Bill of Rights Act* del 1990, che doveva incorporare il Trattato di Waitangi del 1840, è stata eliminata dal testo definitivo. Sebbene il trattato di Waitangi è riconosciuto come un documento della fondazione della Nuova Zelanda ed è parte del sistema di governo della Nuova Zelanda, la Corona non ha chiarito il significato e lo status giuridico del Trattato. Il *Maori Representation Act* del 1867 ha stabilito quattro seggi parlamentari per i rappresentanti dei Maori. Nel 1995, con l'introduzione del sistema elettorale proporzionale il numero di seggi destinati ai rappresentanti Maori è stato aumentato a cinque.

<sup>192</sup> *Constitution of Malaysia*, Kuala Lumpur, 27 agosto 1957.

<sup>193</sup> Costituzione delle Filippine, Manila, 2 febbraio 1987.

<sup>194</sup> *Indigenous Peoples Rights Act* n. 8371, del 29 ottobre 1997, sezione 38: "National Commission on Indigenous Cultural Communities /Indigenous Peoples (NCCP).- to carry out the policies herein set forth,

risolvere le questioni inerenti alla proprietà delle terre e all'utilizzo delle risorse naturali nei territori ancestrali delle comunità<sup>195</sup>. In particolare nella sezione 7 della IPRA viene specificato che i diritti di proprietà e possesso delle terre ancestrali comprendono:

“a. Rights of Ownership.- The right to claim ownership over lands, bodies of water traditionally and actually occupied by ICCs/IPs, sacred places, traditional hunting and fishing grounds, and all improvements made by them at any time within the domains;

b. Right to Develop Lands and Natural Resources.- Subject to Section 56 hereof, right to develop, control and use lands and territories traditionally occupied, owned, or used; to manage and conserve natural resources within the territories and uphold the responsibilities for future generations; to benefit and share the profits from allocation and utilization of the natural resources found therein; the right to negotiate the terms and conditions for the exploration of natural resources in the areas for the purpose of ensuring ecological, environmental protection and the conservation measures, pursuant to national and customary laws; the right to an informed and intelligent participation in the formulation and implementation of any project, government or private, that will affect or impact upon the ancestral domains and to receive just and fair compensation for any damages which they sustain as a result of the project; and the right to effective measures by the government to prevent any interfere with, alienation and encroachment upon these rights”<sup>196</sup>.

Questi esempi dimostrano come la tendenza al riconoscimento del diritto alla terra dei popoli indigeni anche a livello nazionale si sia affermata negli ultimi decenni, persino negli Stati che non hanno ratificato la Convenzione OIL n. 169.

Nell'ordinamento internazionale verranno tenute in considerazione le differenti esperienze nazionali ai fini della formulazione dei principi generali enunciati nella UNDRIP. Come si analizzerà nel successivo capitolo, nella UNDRIP sono contenuti i principi di garanzia dei diritti territoriali dei popoli indigeni, quali presupposti per la sopravvivenza di questi gruppi, proponendo una visione comune adattabile alle differenti situazioni nazionali

---

there shall be created the National Commission on ICCs/IPs (NCIP), which shall be the primary government agency responsible for the formulation and implementation of policies, plans and programs to promote and protect the rights and well-being of the ICCs/IPs and the recognition of their ancestral domains as well as their rights thereto”.

<sup>195</sup> *Ibidem*, sezione 44 (e).

<sup>196</sup> *Ibidem*, Sezione 7.

## V CAPITOLO

### **STRUMENTI DI *SOFT LAW* UNIVERSALI E REGIONALI: LA DICHIARAZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI E IL PROGETTO DI DICHIARAZIONE AMERICANA SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI**

SOMMARIO: 1. Le fasi del processo di adozione della UNDRIP. – 2. Il sistema di monitoraggio delle Nazioni Unite sulle questioni indigene. - 3. Contenuti della UNDRIP: - 3.1. *Segue*: Il principio di autoidentificazione. - 3.2. *Segue*: La dimensione collettiva della UNDRIP. - 3.3. *Segue*: Il diritto di autodeterminazione. - 3.4. *Segue*: Terra, territorio e risorse naturali. - 3.5. *Segue*: Il riconoscimento della diversità culturale – 3.6. Riflessioni conclusive sulla portata della UNDRIP. - 4. Il Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni: breve rassegna sul processo di elaborazione del testo della OAS. - 4.1. Principali contenuti del Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli indigeni.

#### **1. Le fasi del processo di adozione della UNDRIP**

Durante gli ultimi tre decenni, le rivendicazioni e il riconoscimento dei popoli indigeni hanno portato alla formazione di un sistema di diritti di questi popoli legato ai principi e alla normativa internazionale dei diritti umani. L'affermarsi di questa tendenza, come si è analizzato, è stato promosso anche dalla pratica di organi e meccanismi di tutela dei diritti umani<sup>1</sup>.

La *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni* (da ora UNDRIP o anche Dichiarazione) è il più importante riconoscimento a livello internazionale dei diritti dei popoli indigeni e comprende i progressi normativi che si sono sviluppati nell'ultimo trentennio sulla base delle esistenti fonti internazionali in materia di diritti umani.

Nel 1971 la *Sub-Commission on Prevention of Discrimination of Minorities* conferisce l'incarico a Martínez Cobo di realizzare uno studio sul tema della discriminazione delle popolazioni indigene<sup>2</sup>. Sulla base di questo lavoro, nel 1982, l'ECOSOC vede la necessità di creare un organo specifico che si occuperà delle questioni indigene, il *Working Group on Indigenous Populations* (WGIP)<sup>3</sup>, che avrebbe avuto due compiti ufficiali: analizzare la

---

<sup>1</sup> ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, A/HRC/9/9 del 11 agosto 2008, par. 18.

<sup>2</sup> COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, cit.

<sup>3</sup> ECOSOC, Ris. 1982/34 del 7 maggio 1982. Il WGIP, ha avuto per mandato due compiti ufficiali: analizzare la situazione della tutela e promozione dei diritti umani dei popoli indigeni nel mondo e stilare una serie di

situazione della tutela e promozione dei diritti umani dei popoli indigeni nel mondo e stilare una serie di norme internazionali relative ai diritti di questi popoli.

I lavori per il testo della Dichiarazione sono iniziati nel 1985, durante il quarto periodo di sessioni del WGIP: questo spazio ha permesso la regolare partecipazione di rappresentanti indigeni (inizialmente attraverso le ONG riconosciute dall'ECOSOC, poi in veste di esperti, grazie anche al supporto economico del Fondo Volontario per le Popolazioni Indigene della ONU<sup>4</sup>: il gruppo di lavoro è arrivato a contare circa 1000 componenti) in un'organizzazione istituzionale di livello mondiale come le Nazioni Unite<sup>5</sup>.

Il documento della UNDRIP, inizialmente strutturato in sette principi fondamentali<sup>6</sup>, si è poi sviluppato in un Preambolo di 18 paragrafi e nove parti divise in 45 articoli. Questo strumento internazionale riconosce una serie di diritti collettivi per i popoli indigeni tra i quali: il diritto di autodeterminazione; il diritto alla terra e alle risorse naturali; i diritti relativi alla proprietà intellettuale; il riconoscimento dell'autogoverno e di diverse forme di amministrazione della giustizia da parte dei popoli indigeni all'interno dei confini degli Stati in cui si trovano.

Nell'anno 1993, i membri del WGIP hanno raggiunto un accordo sul testo della Dichiarazione, che è stato sottoposto alla revisione tecnica del Segretariato, a seguito di questa il *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* è stato adottato dalla *Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* nel 1994<sup>7</sup>, per passare in seguito all'esame della Commissione per i Diritti Umani, che l'anno

---

norme internazionali relative ai diritti di questi popoli. Il WGIP è nato come organo sussidiario della *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*, composto da 5 esperti indipendenti (uno per regione geopolitica del mondo), si è riunito dal 1982 per una settimana all'anno, a Ginevra, fino al 2006 (cfr. A/HRC/Sub.1/58/22 del 14 agosto 2006).

<sup>4</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 40/131, del 13 dicembre 1985

<sup>5</sup> EIDE, *The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in CHARTERS & STAVENAGHEN, *Making the Declaration Work – The United Nations Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, 2009, pp. 32-48.

<sup>6</sup> Vedere WGIP, E/CN.4/Sub. 2/ AC.4/1985/WP.4, allegato IV (1984), p. 83: "1. The right to the full and effective enjoyment of the fundamental rights and freedoms universally recognized in existing international instruments particularly in the Charter of the UN and the International Bill of Human Rights. 2. The right to be free and equal to all other human beings in dignity and rights, and to be free from discrimination of any kind. 3. The collective right to exist and to be protected against genocide, as well as the individual right to life, physical integrity, liberty and security of person. 4. The right to manifest, teach, practice and observe their own religious traditions and ceremonies, and to maintain, protect and have access to sites for these purposes; 5. The right to all forms of education, including the right to have access to education in their own languages and to establish their own educational institutions; 6. The right to preserve their culture identity and traditions and to pursue their own cultural development; 7. The right to promote intercultural information and education, recognizing the dignity and diversity of their cultures."

<sup>7</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 45/1994 del 26 agosto 1994.

successivo istituisce il *Working Group Draft Declaration* (WGDD)<sup>8</sup> per la revisione del Progetto della Dichiarazione e, solo 10 anni dopo, nel 2006, verrà adottato il progetto definitivo del testo della Dichiarazione dal recentemente istituito Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (UNHRC)<sup>9</sup>.

Nella fase di rielaborazione da parte della Commissione per i Diritti Umani, una delle innovazioni più significative rispetto al generale *modus operandi* di questo organismo è stata introdotta dalla Ris. 49/214 dell'Assemblea Generale<sup>10</sup>, che ha previsto la partecipazione di rappresentanti indigeni al gruppo di lavoro relativo al progetto della Dichiarazione, sulla base di procedure stabilite dalla stessa Commissione<sup>11</sup>. In particolare non veniva richiesto il consenso degli Stati membri per la presenza dei delegati delle differenti ONG, di modo che oltre un centinaio di organizzazioni indigene hanno potuto prendere parte al WGDD. La modalità di organizzazione del lavoro ha rappresentato negli anni una questione di notevole rilevanza per la comunità internazionale, in particolar modo per i rappresentanti indigeni che hanno preteso uguali diritti rispetto ai rappresentanti degli Stati membri<sup>12</sup>. E' da sottolineare come la presenza e la partecipazione dei delegati indigeni sia sempre stata ritenuta di fondamentale importanza per la stesura del documento anche da parte degli stessi Stati membri, il che spiega la tempistica del processo di redazione del testo della Dichiarazione. A seguito di numerose negoziazioni tra Stati e rappresentanti indigeni si giunge all'approvazione della UNDRIP solo nel 13 settembre 2007 con la Risoluzione dell'Assemblea Generale n. 61/295. Il testo viene approvato con 143 voti a favore, 4 contrari (Australia, Canada, Nuova Zelanda and Stati Uniti) e 11 astensioni (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federazione Russa, Samoa e Ucraina). I Paesi che hanno votato contro hanno espresso opinioni negative in relazione ad alcuni articoli specifici della UNDRIP, in particolare sui diritti territoriali e alle risorse naturali (art. 26), sull'autodeterminazione (art. 3), sul diritto alla consultazione e il consenso (art. 19). Le disposizioni sulla terra, i territori e le risorse naturali sono state considerate inaccettabili e inapplicabili "by appearing to require the recognition of indigenous rights to lands now lawfully owned by other citizens, both

---

<sup>8</sup> ECOSOC, Ris. 1995/32, del 3 marzo 1995.

<sup>9</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 2006/2 del 29 giugno 2006 con 30 voti a favore, 2 contrari e 12 astensioni.

<sup>10</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 49/214 del 23 dicembre 1994.

<sup>11</sup> ASSEMBLEA GENERALE, Ris. 50/156 del 29 febbraio 1996.

<sup>12</sup> Vedere *Provisional Report of the 1997 session*, E/CN.4/1998/106; *Report of the 1999 session*, E/CN.4/2000/84, parr.18-24, *Provisional Report of the 2000 session*, E/CN.4/2000/WG.15/CPR.1, parr. 22-25.



indigenous and non-indigenous (Article 26)”<sup>13</sup>, oltre che potenzialmente discriminatorie insieme agli altri articoli contestati: “The intent of the Working Group was not that collective rights prevail over the human rights of individuals, as could be misinterpreted in Article 34 of the text and elsewhere”<sup>14</sup>. In particolare, secondo Eide, è necessario evidenziare alcune differenze che possono spiegare le diverse posizioni assunte dagli Stati nelle differenti regioni del mondo, anche in base ai risultati che aveva dato il processo di decolonizzazione:

“Theoretically, the quest by some indigenous peoples to achieve international legal recognition of the Declaration could have been seen as an extension of the process of decolonization. The difference between the situation in the African and Asian territories colonized but not extensively settled by Europeans, and the situation in the Americas, Australia and New Zealand where overpowering European settlement had taken place, is that decolonization gave back power to the “natives” in Africa and in the colonized parts of Asia. In contrast, in the Americas, Australia and New Zealand, the descendents of the European settlers had gained political power on decolonization, thereby politically submerging the indigenous population within the territory. The term “internal colonization” has been used in this regard. The balance of power within the territory between those who had come in and those who had been there previously was such that the indigenous peoples had no possibility of fully-fledged decolonization. This is probably why they chose the path of human rights rather than that of the language of decolonization, even if it meant stretching the human rights platform to include collective rights involving a degree of separation and self-determination.”<sup>15</sup>.

I popoli indigeni nel contesto del WGIP sono stati intransigenti sul diritto di

---

<sup>13</sup> Missione permanente dell’ Australia presso UNHCR, in A/ HRC/2/G/1 del 24 agosto 2006. Di notevole interesse anche la dichiarazione dell’Ambasciatore John McNee, rappresentante permanente del Canada alle Nazioni Unite, 61ma sessione della Assemblea Generale sulla Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, New York, September 13, 2007: “The recognition of indigenous rights to lands, territories and resources is important to Canada. Canada is proud of the fact that Aboriginal and treaty rights are given strong recognition and protection in its Constitution. We are equally proud of the processes that have been put in place to deal with Aboriginal claims respecting these rights and are working actively to improve these processes to address these claims even more effectively. Unfortunately, the provisions in the Declaration on lands, territories and resources are overly broad, unclear, and capable of a wide variety of interpretations, discounting the need to recognize a range of rights over land and possibly putting into question matters that have been settled by treaty.”.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> EIDE, *The Indigenous Peoples*, cit. p. 41.

autodeterminazione, probabilmente per poter raggiungere una posizione da cui possano avere la capacità di negoziare con il resto della comunità internazionale.

L'esperienza passata, nella maggioranza dei casi, ha dimostrato che i popoli indigeni non possono confidare nei governi che li hanno rappresentati. Nel corso della storia i governi in tutto il mondo hanno potuto modificare le costituzioni ed emanare leggi a favore o contro i popoli indigeni a propria discrezione. Per questo motivo i popoli indigeni hanno insistito sul riconoscimento, a livello internazionale, del diritto di autodeterminazione. Questo non significa necessariamente che vogliano attuare una secessione dagli Stati di appartenenza, ma solo che vengano affermate alcune forme di autonomia e garantite a livello internazionale<sup>16</sup>. Come si vedrà di seguito l'art. 46 (1) della UNDRIP limiterà il diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni, escludendo che il principio garantito dall'art. 3 possa giustificare la secessione.

I presupposti politici per lo sviluppo e il mantenimento dell'identità dei popoli indigeni, come l'autonomia e l'autogoverno, sono stati riconosciuti progressivamente, ma il grado di autonomia dei popoli indigeni che gli Stati sono disposti a riconoscere dipende da diversi fattori. In particolare, nel caso in cui le aree dove vivono i popoli indigeni contengono importanti risorse naturali, si pone il problema della gestione dei progetti di sviluppo e del diritto di consultazione e consenso. L'intera questione si ricollega, ancora una volta, al diritto dei popoli indigeni all'autodeterminazione. Questo termine ha acquisito una straordinaria importanza simbolica per la negoziazione della Dichiarazione, ma il concetto di autodeterminazione può essere diviso in una serie di diritti "corollari". Come verrà analizzato nei paragrafi a seguire, tra i più importanti diritti riconosciuti dalla UNDRIP, vi sono il diritto collettivo di decidere in materia di terre e territori in cui i popoli indigeni vivono, di determinare la natura e l'ambito delle attività di sviluppo all'interno di quel territorio e i diritti a tutela dell'identità culturale.

---

<sup>16</sup> DAES, *The Spirit and the Letter of the Right to Self-determination: Reflections on the Making of the UN Draft Declaration*, in AIKIO & SCHEININ, a cura di, *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-determination*, Åbo, 2000.

## 2. Il sistema di monitoraggio delle Nazioni Unite sulle questioni indigene

All'interno del sistema delle Nazioni Unite sono stati costituiti degli organismi specifici di monitoraggio per le questioni indigene, che opereranno sulla base dei principi della UNDRIP: il *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues* (UNPFII)<sup>17</sup>, stabilito nel 2000; lo *Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*<sup>18</sup>, il cui mandato viene esteso nel 2007; l'*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples* (EMRIP)<sup>19</sup>, istituito nel 2007.

---

<sup>17</sup> Stabilito con la Ris. ECOSOC, 2000/22. Nella UNDRIP, viene specificato nell'art. 42: "The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration."

<sup>18</sup> Stabilito dalla Commissione per i Diritti Umani, con Ris. 2001/57 del 24 aprile 2001 con le seguenti funzioni, par.1: "(a) To gather, request, receive and exchange information and communications from all relevant sources, including Governments, indigenous people themselves and their communities and organizations, on violations of their human rights and fundamental freedoms; (b) To formulate recommendations and proposals on appropriate measures and activities to prevent and remedy violations of the human rights and fundamental freedoms of indigenous people; (c) To work in close relation with other special rapporteurs, special representatives, working groups and independent experts of the Commission on Human Rights and of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, taking into account the request of the Commission contained in resolution 1993/30". Il mandato dello *Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people* viene esteso nella Ris. HRC 6/12 del 28 settembre 2007: "1. Decides to extend the mandate of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people for a period of three years: (a) To examine ways and means of overcoming existing obstacles to the full and effective protection of the human rights and fundamental freedoms of indigenous people, in conformity with his/her mandate, and to identify, exchange and promote best practices; (b) To gather, request, receive and exchange information and communications from all relevant sources, including Governments, indigenous people and their communities and organizations, on alleged violations of their human rights and fundamental freedoms; (c) To formulate recommendations and proposals on appropriate measures and activities to prevent and remedy violations of the human rights and fundamental freedoms of indigenous people; (d) To work in close cooperation, while avoiding unnecessary duplication, with other special procedures and subsidiary organs of the Human Rights Council, relevant United Nations bodies, the treaty bodies, and human rights regional organizations; (e) To work in close cooperation with the Permanent Forum on Indigenous Issues and to participate in its annual session; (f) To develop a regular cooperative dialogue with all relevant actors, including Governments, relevant United Nations bodies, specialized agencies and programmes, as well as indigenous peoples, non-governmental organizations and other regional or subregional international institutions, including on possibilities for technical cooperation at the request of Governments; (g) To promote the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and international instruments relevant to the advancement of the rights of indigenous peoples, where appropriate; (h) To pay special attention to the human rights and fundamental freedoms of indigenous children and women, and to take into account a gender perspective in the performance of his/her mandate; (i) To consider relevant recommendations of the world conferences, summits and other United Nations meetings, as well as the recommendations, observations and conclusions of the treaty bodies on matters regarding his/her mandate; (j) To submit a report on the implementation of his/her mandate to the Council in accordance with its annual programme of work".

<sup>19</sup> Stabilito con la Ris. HRC 6/36 del 14 dicembre 2007, par. 1: "(...) in order to assist the Human Rights Council in the implementation of its mandate, to establish a subsidiary expert mechanism to provide the Council with thematic expertise on the rights of indigenous peoples in the manner and form requested by the Council: (a) The thematic expertise will focus mainly on studies and research-based advice; (b) The

Lo *Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people* è un esperto<sup>20</sup> che ha tra i compiti principali quelli di realizzare delle relazioni sui differenti paesi, anche attraverso visite *in loco*, ed effettuare raccomandazioni; promuovere le buone pratiche, tra cui leggi nazionali o accordi relativi ai popoli indigeni; realizzare delle comunicazioni nei casi di violazione dei diritti dei popoli indigeni; effettuare degli studi specifici su determinate tematiche di interesse.

Lo UNPFII è un organo sussidiario del ECOSOC e ha per mandato il compito di:

“(a) Provide expert advice and recommendations on indigenous issues to the Council, as well as to programmes, funds and agencies of the United Nations, through the Council;

(b) Raise awareness and promote the integration and coordination of activities relating to indigenous issues within the United Nations system;

(c) Prepare and disseminate information on indigenous issues”<sup>21</sup>.

Questo organismo è costituito da 16 esperti, dei quali 8 nominati dai governi e 8 nominati dal Presidente del Consiglio per i Diritti Umani sulla base delle indicazioni delle organizzazioni indigene. Tutti i membri restano in carica per 3 anni con possibilità di rielezione per un anno. Lo UNPFII si riunisce una volta all’anno per un periodo di lavoro di 10 giorni e realizza un rapporto al Consiglio sulle proprie attività e formula raccomandazioni. Le indicazioni contenute nei rapporti e nelle raccomandazioni dell’ UNPFII servono da guida a tutte le agenzie delle Nazioni Unite e per i differenti programmi inerenti a questioni indigene.

L’EMRIP è formato da 5 esperti indipendenti<sup>22</sup> dovrà cooperare costantemente con lo *Special Rapporteur* e lo UNPFII: ha il compito di realizzare studi su differenti tematiche, non può adottare risoluzioni né decisioni, si riunirà una volta all’anno in sessioni pubbliche e/o private. Il Preambolo della Ris. 6/36 conferisce un’importanza cruciale agli studi degli esperti per l’applicazione della UNDRIP.

---

mechanism may suggest proposals to the Council for its consideration and approval, within the scope of its work as set out by the Council”.

<sup>20</sup> Alla data hanno ricoperto questo ruolo: Rodolfo Stavenhagen (2001-2008) e il S. James Anaya (dal 2008 ad ora).

<sup>21</sup> ECOSOC, *Establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues*, Ris. 2000/22, par. 2.

<sup>22</sup> Nominati ogni 3 anni, secondo la procedura prevista nella UNHRC, Ris. 5/1, del 18 giugno 2007, parr. 39-53.

Oltre a questi organi specifici, nel 2001, all'interno del sistema delle Nazioni Unite viene creato un *Inter-Agency Support Group on Indigenous Issues* (IAGS), con il proposito di appoggiare e promuovere il mandato del UNPFII e le questioni indigene nelle differenti agenzie. Questo organismo si riunisce una volta all'anno per 3 giorni ed è composto da 24 entità intergovernative, presenta relazioni e dichiarazioni al UNPFII<sup>23</sup>.

Una volta approvata la UNDRIP, lo UNPFII ha esplicitamente disposto che le differenti agenzie adattassero le proprie politiche ai principi della Dichiarazione<sup>24</sup>. A sua volta lo *Special Rapporteur* Stavenhagen, nel *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, identifica le agenzie garanti dell'attuazione dei principi contenuti nella UNDRIP, sollecitando, a livello di cooperazione allo sviluppo, che “ensure that their activities help strengthen dialogue and cooperative relations between indigenous peoples and the Governments of the countries in which those peoples live, identifying priority areas and the necessary resources to ensure the effective exercise”<sup>25</sup>.

### 3. Contenuti principali della UNDRIP

La ragione dell'adozione di una dichiarazione a tutela dei diritti dei popoli indigeni viene esplicitata nel sesto paragrafo del Preambolo della stessa UNDRIP, dove viene riconosciuto che i popoli indigeni hanno sofferto ingiustizie storiche, quali risultato della colonizzazione, dello spossessamento delle loro terre, territori e risorse, circostanze che hanno impedito la realizzazione del diritto allo sviluppo di questi popoli, in conformità con le proprie necessità e interessi<sup>26</sup>. Con queste affermazioni viene stabilito da principio il carattere *riparatorio* della Dichiarazione, che non ha il fine di stabilire dei diritti speciali, ma di rispondere alle conseguenze attuali della negazione storica del diritto alla libera

---

<sup>23</sup> Tra le entità parti: DAW/DESA, DPI, CBD, FAO, IFAD, OIT, OIM, OCHA, OHCHR, UNAIDS, UNCTAD, UNDP, UNEP, UNESCO, UN Forum on Forest, UNFCCC, UNFPA, UN-HABITAT, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, UNIDO, UNITAR, WIPO, WHO, World Bank, Inter-American Development Bank, European Union. Per maggiori informazioni vedere nel sito web: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/iasg.html>.

<sup>24</sup> ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, cit., par. 72.

<sup>25</sup> STAVENAGHEN, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, A/HRC/6/15, par. 74.

<sup>26</sup> UNDRIP, Preambolo, par. 6.

determinazione dei popoli indigeni e degli altri diritti umani fondamentali consacrati a livello internazionale. La Dichiarazione contiene una serie di diritti che costituiscono le norme minime per la sopravvivenza, la dignità e il benessere dei popoli indigeni nel mondo<sup>27</sup>.

L'art. 1 della Dichiarazione stabilisce che i popoli indigeni godono dei diritti, collettivi e individuali, riconosciuti nella Carta delle Nazioni Unite, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e negli altri strumenti internazionali di tutela dei diritti umani<sup>28</sup>.

Nella UNDRIP viene fatto un riferimento esplicito all'art.1 comune ai Patti del 1966 in relazione al diritto di autodeterminazione dei popoli, specificando che, nel caso dei popoli indigeni, nel contesto attuale e in base alle norme del diritto internazionale, il principio di autodeterminazione dovrà essere applicato in maniera compatibile con il principio di integrità territoriale e l'unità politica degli Stati<sup>29</sup>.

Oltre a queste premesse generali, si possono analizzare i principali contenuti della Dichiarazione suddivisi per tematiche e individuando le relative connessioni con gli strumenti di diritto internazionale vigente.

### **3.1. *Segue: Il principio di autoidentificazione***<sup>30</sup>

La UNDRIP, a differenza della Convenzione OIL n. 169, non contiene riferimenti espliciti per la definizione dei soggetti destinatari dei diritti in essa contenuti, benché si possano identificare diverse caratteristiche relative ai popoli indigeni all'interno del testo della stessa Dichiarazione. Come già nella Convenzione OIL n. 169, il criterio fondamentale per la definizione dei popoli indigeni è quello dell'*autoidentificazione*. In particolare l'art. 33 della UNDRIP, par.1:

“1. Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions. This does not impair the right of indigenous

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, art. 43.

<sup>28</sup> *Ibidem*, art.1. E' da notare che non viene fatto riferimento esplicito alla Convenzione ILO n. 169, dato che i rappresentanti indigeni hanno sottolineato la mancata partecipazione durante la redazione del testo della Convenzione del 1989 e il sostanziale disaccordo con alcuni principi della stessa, in particolare sulla definizione dei soggetti tutelati dalla Convenzione ILO n. 169 (art.1), rif. *Commission Drafting Group*, E/CN.4/1996/84, par. 40.

<sup>29</sup> *Ibidem*, art. 46.1.

<sup>30</sup> Cfr. Cap.I.

individuals to obtain citizenship of the States in which they live.”

L’art. 9 della Dichiarazione tutela inoltre il diritto individuale e collettivo di appartenenza a una comunità o a una nazione indigena, in conformità con gli usi e le tradizioni della stessa<sup>31</sup>. Implicitamente questo articolo attribuisce alle comunità il diritto di riconoscere o meno un individuo come indigeno. A questo riguardo alcuni Stati hanno sollevato il dubbio che si possano verificare delle situazioni in cui le comunità esercitino pressioni affinché un individuo venga incluso contro la libertà individuale di scelta dello stesso. In questa eventualità è utile sottolineare che il soggetto in questione sarebbe in primo luogo tutelato dall’art.1 della Dichiarazione, che garantisce agli individui indigeni i diritti e le libertà garantiti dalle norme internazionali relative ai diritti umani<sup>32</sup>.

Un’attenzione particolare viene rivolta ai popoli indigeni che sono divisi in Stati differenti dalle frontiere e l’art. 36 sancisce il diritto a mantenere i contatti, le relazioni e la cooperazione nelle attività di carattere spirituale, culturale, politico, economico e sociale tra i membri<sup>33</sup>. Un punto controverso che si può evidenziare nella logica della Dichiarazione riguarda i soggetti tutelati in quanto “indigeni” e ai loro cambiamenti nel tempo e in relazione alla società. Se da un lato nella UNDRIP si sottolinea in più articoli il diritto allo sviluppo di questi gruppi secondo le proprie aspirazioni, interessi e bisogni<sup>34</sup>, dall’altro si può riscontrare come il testo sia fortemente impostato sull’idea di “comunità tradizionale” e sull’ esigenza di questi popoli di mantenere le strutture politiche, economiche e sociali tradizionali. Nel testo viene tralasciata la tutela per gli indigeni - individui o gruppi - che stanno attraversando (volontariamente o no) un processo di adattamento culturale e di “inserimento” nella società dominante del paese di appartenenza<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*: “Indigenous peoples and individuals have the right to belong to an indigenous community or nation, in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned. No discrimination of any kind may arise from the exercise of such a right.”.

<sup>32</sup> *Ibidem*, art.1: “Indigenous peoples have the right to the full enjoyment, as a collective or as individuals, of all human rights and fundamental freedoms as recognized in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and international human rights law”.

<sup>33</sup> Vedere anche la Convenzione ILO n. 169, art. 32. Un caso esemplare riguarda il popolo dei Saami, cfr. *supra*, cap.II.

<sup>34</sup> Artt. 3, 20, 21, 23, 29, 30, 32, 34 e 38.

<sup>35</sup> Cfr. THORNBERRY, *Indigenous Peoples*, op. cit., p. 378 e ss.

### 3.2. *Segue: La dimensione collettiva della UNDRIP*<sup>36</sup>

L'essenza della UNDRIP è il riconoscimento di una serie di diritti collettivi dei popoli indigeni, a partire dal diritto all'autodeterminazione e all'autonomia<sup>37</sup>, al diritto di appartenenza a una nazione indigena<sup>38</sup>, a mantenere e sviluppare le proprie istituzioni<sup>39</sup>, a vivere in pace come popoli distinti all'interno di uno stesso Stato<sup>40</sup>, a conservare, controllare e tutelare il proprio patrimonio culturale<sup>41</sup> e il proprio ambiente<sup>42</sup>, il diritto a essere consultati da parte degli Stati prima che venga adottata qualsiasi misura legislativa o amministrativa che possa coinvolgerli<sup>43</sup>.

Durante i lavori di preparazione della Dichiarazione, molti governi si sono opposti alla formulazione di diritti collettivi, come per esempio Francia, Giappone e Svezia i quali sostennero la tesi secondo la quale i diritti umani esistono nel sistema internazionale solo come diritti individuali: "collective rights did not exist in international human rights law, and therefore his Government had reservations with regard to those articles which aimed to establish collective rights"<sup>44</sup>. Tale tesi, come si può dedurre dall'analisi svolta in questo elaborato, viene smentita dall'esistenza di strumenti come la Carta Africana dei Diritti dell'Uomo, impostata interamente su un sistema di diritti collettivi, ma anche dalla formulazione del diritto all'autodeterminazione dei popoli contenuta nei Patti del 1966, e dei diritti sanciti dalle Convenzioni ILO n. 107 e 169, tra gli altri. Alcuni Stati invece, benché riconoscessero i diritti collettivi in quanto tali, temevano che optare per la garanzia di questi potesse indebolire la tutela dei diritti umani dell'individuo, nella fattispecie il rappresentante dell'Olanda sottolinea la questione di un possibile sbilanciamento tra diritti collettivi e diritti individuali all'interno della stessa Dichiarazione:

"Many of the collective rights accorded by the draft declaration as currently drafted would not be applicable to individuals. The inclusion of a general safeguard clause

---

<sup>36</sup> Cfr. Cap. I.

<sup>37</sup> UNDRIP, artt. 3, 4.

<sup>38</sup> *Ibidem*, art. 9.

<sup>39</sup> *Ibidem*, art. 5.

<sup>40</sup> *Ibidem*, art. 7.

<sup>41</sup> *Ibidem*, art. 31.

<sup>42</sup> *Ibidem*, art. 29.

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 19.

<sup>44</sup> ECOSOC, *Indigenous Issues, Report of the working group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32*, E/CN. 4/1997/102 del 10 dicembre 1996, par. 108.



for individual rights in the draft should be considered. Article 8 (2) in the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, which said that the exercise of the rights set forth in the Declaration shall not prejudice the enjoyment by all persons of universally recognized human rights and fundamental freedoms, was suggested as a model for such a cause.”<sup>45</sup>

Il problema viene risolto facendo riferimento all’art. 1 della Dichiarazione che tutela gli indigeni come persone titolari dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal sistema internazionale relativo ai diritti umani. Inoltre l’art. 34 della Dichiarazione afferma il diritto dei popoli indigeni a mantenere le proprie istituzioni, pratiche, sistemi di giustizia e costumi purchè siano conformi alle norme internazionali diritti umani<sup>46</sup>.

Alcuni autori hanno posto il problema su quale organismo sia competente per decidere le misure da adottare nel caso in cui vi sia un conflitto tra le pratiche dei popoli indigeni e i diritti umani dell’individuo, ma la questione è ancora aperta<sup>47</sup>.

### **3.3. *Segue:* Il diritto di autodeterminazione**

Il diritto all’autodeterminazione è stato uno dei punti più discussi della UNDRIP. Tra i sette principi iniziali<sup>48</sup>, elaborati dalla Daes, sui quali è stato creato il progetto della UNDRIP, non appariva nessuna menzione all’autodeterminazione. I rappresentanti indigeni, fin dal principio, hanno ribadito costantemente che non avrebbero approvato il progetto di dichiarazione senza il riconoscimento di questo principio base, sottolineando in diverse occasioni che l’indipendenza, nel senso di secessione, non avrebbe costituito l’obiettivo primario delle loro aspirazioni. Il diritto all’autodeterminazione presuppone il riconoscimento degli indigeni come “popoli”<sup>49</sup> e, a differenza della OIL che aveva dichiarato la propria incompetenza per la soluzione della questione, nel seno delle Nazioni Unite, in particolare durante i lavori preparatori alla Dichiarazione, viene considerato

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, par. 109, vedere anche la posizione degli USA, par. 103.

<sup>46</sup> Da sottolineare la differenza con l’art. 8 della Convenzione ILO n. 169 che prevede la compatibilità con i sistemi normativi degli Stati di appartenenza, mentre nella Dichiarazione c’è il solo riferimento alla normativa internazionale.

<sup>47</sup> ANAYA, *Indigenous Peoples*, op. cit., p. 280.

<sup>48</sup> Vedere *supra*, par. 1, WGIP, E/CN.4/Sub. 2/ AC.4/1985/WP.4, cit..

<sup>49</sup> Vedere cap. I.

necessario affrontare questa problematica. Già nel 1988, nel progetto definito “very preliminary” della Dichiarazione, emergono delle disposizioni che si possono ricondurre al concetto di “autodeterminazione interna”<sup>50</sup>. Il progetto del 1988 viene criticato dai rappresentanti indigeni proprio per la mancanza di un riferimento esplicito al diritto di autodeterminazione<sup>51</sup> e così già nella prima revisione del testo della Dichiarazione, nel 1989, per la prima volta, questo diritto viene introdotto nel preambolo<sup>52</sup>. Nel 1993, a seguito di lunghi dibattiti e scontri di posizioni tra Stati e rappresentanti indigeni, il diritto di autodeterminazione viene formulato nella versione che resterà quella definitiva della Dichiarazione adottata nel 2007<sup>53</sup>. Nel testo finale della UNDRIP, al par. 16 del Preambolo viene affermata l'importanza fondamentale del diritto di tutti i popoli alla libera determinazione in virtù della Carta delle Nazioni Unite, del ICCPR, del ICESCR, la *Vienna Declaration and Programme Action*<sup>54</sup>. In maniera più decisiva il diritto di autodeterminazione viene affermato nell'art. 3:

“Indigenous peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”<sup>55</sup>

La formulazione di questo articolo, sulla linea dell'art. 1 comune ai Patti, è stato quindi il centro delle più importanti discussioni nell'arco dei lavori al progetto di dichiarazione. In maniera conclusiva il relatore Luis-Enrique Chávez, nel 1999, riassume le posizioni assunte dalle varie parti fino a quel momento. I rappresentanti indigeni hanno considerato

<sup>50</sup> Cfr. *Draft Universal Declaration on Indigenous Rights*, E/CN. 4/Sub. 2/1988/25, artt. 21-24.

<sup>51</sup> WGIP, *Report on its sixth session*, E/CN. 4/Sub. 2/1988/24, par. 79-80.

<sup>52</sup> WGIP, *First Revised Text of the Draft Universal Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, E/CN.4/Sub.2/1989/33, del 15 giugno 1989.

<sup>53</sup> Cfr. WGIP, *Report on its eleventh session*, E/CN. 4/ Sub. 2 /1993/29, del 23 agosto 1993, *Draft Declaration as agreed upon by the members of the Working Group at its eleventh session*, allegato I, pp. 50 ss.

<sup>54</sup> UNDRIP, par. 16. Un importante contributo al riconoscimento del diritto di autodeterminazione ai popoli indigeni viene dato nei decenni dei lavori preparatori certamente dalla Convenzione ILO N. 169 (vedere *supra*), mentre tra gli strumenti non vincolanti si devono menzionare la *World Bank Operational Directive 4.20* del 1991 sostituita dalla *World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples* del 2001, per un approfondimento sul tema vedere KINGSBURY, *Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples*, in GOODWIN-GIL e TALMON, a cura di, *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, 1999, pp. 324-342; ERRICO, *The World Bank and Indigenous Peoples: the Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P.4.10.) Between Indigenous Peoples' Rights to Traditional Lands and to Free, Prior, and Informed Consent*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n.13, pp. 367-390, 2006.

<sup>55</sup> *Ibidem*, art. 3.

che il diritto di autodeterminazione non avrebbe compromesso l'integrità territoriale degli Stati sovrani, al contrario avrebbe rappresentato la soluzione per numerosi conflitti interni e rafforzando quindi l'unità nazionale<sup>56</sup>. Sulla stessa linea si dichiarano anche Colombia, Ecuador, Russia, Svizzera<sup>57</sup>, Pakistan, Finlandia, Guatemala, Messico, Francia, Venezuela, Norvegia<sup>58</sup>. I rappresentanti degli Stati Uniti considerano che il termine "autodeterminazione", a livello internazionale, debba essere utilizzato attentamente per evitare eventuali secessioni e sostengono la necessità di una specificazione a riguardo nel testo della Dichiarazione<sup>59</sup>. Dello stesso avviso anche il Canada, l'Argentina e la Nuova Zelanda<sup>60</sup>. In posizione contraria all'inserimento dell'art. 3, il rappresentante dell'Australia:

"The representative of Australia recognized that the intention of article 3 was to enunciate a key concept in the draft declaration, namely the legitimate aspirations of indigenous peoples to enjoy more direct and meaningful participation in decision-making and political processes and greater autonomy over their own affairs. He reaffirmed his delegation's position that it was unable to accept the inclusion of the term "self-determination" in the draft declaration because for many people it implied the establishment of separate nations and laws."<sup>61</sup>

Chavez conclude la sua relazione evidenziando l'evoluzione del principio di autodeterminazione dal contesto coloniale al contesto attuale, nel quale tale diritto si può esercitare su due livelli: interno ed esterno. In particolare sottolinea come tale principio sia già presente nei Patti e che i rappresentanti dei popoli indigeni, presenti ai lavori, abbiano dichiarato apertamente che non è obiettivo degli stessi raggiungere la secessione o minare l'integrità territoriale degli Stati di appartenenza, anzi, come fine ultimo abbiano proprio dichiarato l'importanza del riconoscimento dell'autodeterminazione all'interno delle legislazioni nazionali, invocando la garanzia dei diritti umani di questi gruppi<sup>62</sup>. Nel 2004, la questione viene ripresa da Danimarca, Finlandia, Islanda, Nuova Zelanda, Norvegia e

---

<sup>56</sup> ECOSOC, *Indigenous Issues*, E/CN.4/2000/84 del 6 dicembre del 1999, parr. 45.

<sup>57</sup> *Ibidem*, in particolare par. 64: "The representative of Switzerland supported the inclusion of article 3 in the draft declaration. He said it was an essential right of indigenous peoples and was analogous with the principle of subsidiarity implemented in Switzerland, where local autonomy coexisted with a federal system."

<sup>58</sup> *Ibidem*, parr. 54-81.

<sup>59</sup> *Ibidem*, par. 50.

<sup>60</sup> *Ibidem*, parr. 51, 63 e 78.

<sup>61</sup> *Ibidem*, par. 62.

<sup>62</sup> *Ibidem*, par. 84.

Svizzera, raccogliendo la necessità di garantire l'integrità degli Stati esistenti, presentano un documento alla *Commissione per i diritti umani* nel quale suggeriscono alcune modifiche all'art. 3 del Progetto di Dichiarazione:

“Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, it is recognised that peoples have the right to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realise their inalienable right of self-determination. The denial of the right of self-determination is a violation of human rights and underlines the importance of the effective realisation of this right.

In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorising or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.”<sup>63</sup>

Nel testo definitivo della Dichiarazione queste specificazioni vengono solo in parte riprese nell'art. 46, par. 1, secondo cui:

“Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States.”<sup>64</sup>

L'art. 4 e 34 della UNDRIP stabiliscono il *principio di autonomia*, conseguente all'autodeterminazione dei popoli indigeni. Gli artt. 5, 18 e 19 definiscono i rapporti con le istituzioni degli Stati di appartenenza, garantendo rispettivamente: la piena partecipazione alla vita politica, economica, sociale e culturale dello Stato; le modalità di partecipazione e

---

<sup>63</sup> *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Amended Text of Denmark, Finland, Iceland, New Zealand, Norway, Sweden and Switzerland*, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1 del 6 Settembre 2004, p. 5.

<sup>64</sup> UNDRIP, art. 46, par. 1.

rappresentanza nelle questioni che riguardano questi gruppi secondo le proprie istituzioni; l'obbligo per gli Stati di consultare i popoli indigeni interessati prima di adottare misure legislative e amministrative che li riguardino<sup>65</sup>.

Dalla UNDRIP emerge il carattere bidimensionale del diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni: da un lato il governo autonomo e dall'altro l'implicazione partecipativa. Questo duplice aspetto dell'autodeterminazione dei popoli indigeni rispecchia l'interpretazione secondo la quale questi popoli non devono essere considerati al di fuori delle strutture politiche e sociali degli Stati a cui appartengono, al contrario rappresentano delle "federazioni indigene" all'interno di unità maggiori, quali gli Stati nazione<sup>66</sup>.

Riassumendo le diverse posizioni emerse durante gli anni di dibattito preparatori alla UNDRIP, il diritto di autodeterminazione, secondo quanto indicato nelle *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, consiste in:

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, artt. 5, 18, 19. Per il dibattito che ha delimitato gli ambiti di azione degli articoli menzionati è di notevole interesse il *Report of the Working Group*, 53ma sessione, E/CN.4/1997/102 del 10 dicembre 1996. In particolare l'esautiva posizione esternata dal rappresentante del Canada, seguita da USA, Brasile e Giappone, par. : "the question of self-determination was central to the declaration, that the right of self-determination was fundamental to the international community and that its inclusion in the Charter of the United Nations and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights showed that it was important to the protection of human rights of all peoples. Canada, as a State party, was legally and morally committed to the observance and protection of this right. This right applied equally to all collectivities, indigenous and non-indigenous, which qualified as peoples under international law. He noted that international law did not clearly define "self-determination" or "peoples"; it was traditionally understood as the right of colonized peoples to statehood. However, a survey of State practice and academic literature suggested it was an ongoing right which was expanding to include the concept of an internal right for groups living within existing States, and which respected the territorial and political integrity of the State. As provided for in the Declaration on Friendly Relations, the right shall not be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States. The goal of the working group was to achieve a common understanding of this right and to reflect it in the wording of article 3. Canada accepted a right of self-determination for indigenous peoples which respected the political, constitutional and territorial integrity of democratic States and which was implemented through negotiations between States and indigenous peoples. Canada supported the objectives of the provisions in the draft declaration on the implementation of this right. With respect to article 31, Canada interpreted a right of self-government as a right of indigenous peoples to govern themselves in matters whose primary focus related to their lands and communities, and generally accepted the proposed range of matters over which self-government should extend. This right should be implemented through negotiated arrangement with States. Canada was prepared to recognize a role for the State, together with indigenous peoples, in financing the implementation of self-government. He called for further discussion to clarify the meaning of the terms "self-government" and "autonomy". He also noted the need to clarify the primacy of international human rights standards in relation to a number of provisions in the draft declaration, including article 34."

<sup>66</sup> ANAYA, *The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*, in CHARTERS & STAVENAGHEN, *Making the Declaration*, op. cit., pp.184-200. Sulla dimensione interna del principio di autodeterminazione discusso durante i lavori del WGIP vedere anche PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, op. cit., pp. 262-308.

“-Autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions. In other cases, indigenous peoples seek the conditions for self-management.

-Respect for the principle of free, prior and informed consent. This principle implies that there is an absence of coercion, intimidation or manipulation, that consent has been sought sufficiently in advance of any authorization or commencement of activities, that respect is shown for time requirements of indigenous consultation/consensus processes and that full and understandable information on the likely impact is provided.

- Full and effective participation of indigenous peoples at every stage of any action that may affect them direct or indirectly. The participation of indigenous peoples may be through their traditional authorities or a representative organization. This participation may also take the form of co-management.

- Consultation with the indigenous peoples concerned prior to any action that may affect them, direct or indirectly. Consultation ensures that their concerns and interests match the objectives of the activity or action that is planned.

- Formal recognition of indigenous peoples' traditional institutions, internal justice and conflict-resolution systems, and ways of socio-political organization.

- Recognition of the right of indigenous peoples to freely define and pursue their economic, social and cultural development.”<sup>67</sup>.

Sulla stessa linea si è espresso di recente l’EMRIP in relazione al diritto di partecipazione dei popoli indigeni nei processi di “decision making”, ricollegandolo al diritto di autodeterminazione in questi termini:

“The right to self-determination of indigenous peoples is relevant to participation in decision-making in various ways. Indigenous peoples have the right to make their own independent decisions through which they determine their own political status and pursue their economic, social and cultural development. Self-determination is an ongoing process which ensures that indigenous peoples continue to participate in decision-making and control over their own destinies. It means that the institutions of decision-making should be devised to enable indigenous peoples to make decisions related to their internal and local affairs, and to participate collectively in external decision-making processes in accordance with relevant human rights standards.”<sup>68</sup>.

Nello stesso documento viene sottolineato che, sulla base degli artt. 4 e 5 della UNDRIP, deve essere garantita l’autonomia e l’autogoverno dei popoli indigeni, senza in ogni caso limitare il diritto degli stessi popoli a partecipare pienamente alla vita politica degli

---

<sup>67</sup> UNDP, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, 2008, p. 13.

<sup>68</sup> EMRIP, *Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, A/HRC/15/35, del 23 agosto 2010, par. 31.

Stati, al pari del resto della popolazione<sup>69</sup>.

### **3.4. *Segue: Terra, territorio e risorse naturali***

La tematica del diritto alla terra è un'altra delle colonne portanti della Dichiarazione. Il godimento di questo diritto è interpretato come un presupposto fondamentale per la realizzazione degli altri garantiti nel documento, considerando i forti vincoli culturali e spirituali che legano i popoli indigeni ai territori ancestrali, vitali per la loro sopravvivenza e sviluppo. In particolare, si deve sottolineare che i diritti indigeni alla terra e alle risorse naturali creano, in molti paesi, dispute a livello economico e politico tra gli interessi di questi popoli e gli interessi dei privati o degli stessi Stati, motivo per il quale il riconoscimento di questi stessi diritti è stato fortemente ostacolato a livello internazionale e nazionale.

Come si è analizzato, la comunità internazionale ha gradualmente riconosciuto i diritti alla terra dei popoli indigeni, sia grazie alla giurisprudenza delle Corti dei diritti umani<sup>70</sup>, sia nei trattati specifici a tutela di questi gruppi<sup>71</sup>. Nell'ambito di discussione del progetto della UNDRIP, invece, fino al 2005 non è stato raggiunto un accordo tra Stati e rappresentanti indigeni sulle questioni territoriali e sulla gestione delle risorse naturali. All'interno del WGIP il diritto alla terra è stato l'ultimo punto sul quale è stata concordata una soluzione, nella sua undicesima sessione dei lavori<sup>72</sup>. In realtà Australia, Nuova Zelanda e Stati Uniti non hanno mai dichiarato il proprio consenso sugli articoli relativi alla terra. Nel 2006, il Presidente del WGIP giunge alla conclusione che, dopo 11 anni di trattative, il WGIP non avrebbe potuto ottenere ulteriori risultati e presenta il testo definitivo della UNDRIP alla Commissione per i Diritti Umani con queste parole:

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, par. 33: "The Declaration also recognizes the related right under article 4 of autonomy or self-government for indigenous peoples over their internal and local affairs, and clarifies that their right to participation goes beyond the right of indigenous individuals to participate in electoral processes on the same basis as members of the majority population. Article 5 states that the exercise of their right to autonomy by indigenous peoples does not in any way limit their right to participate fully in the mainstream political life of the State."

<sup>70</sup> Cfr. Cap. III.

<sup>71</sup> Cfr. Convenzione OIL n. 169, cap. IV.

<sup>72</sup> L'undicesima sessione del WGIP si è svolta dal 5 al 16 dicembre 2005 e dal 30 gennaio al 3 febbraio 2006, si trova riassunta nel *Report of the working group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32 of 3 March 1995 on its eleventh session*, E/CN.4/2006/79 del 22 marzo 2006.

“One indigenous representative expressed some concerns as there was no consensus on many articles in the text that would be submitted to the Commission on Human Rights. One governmental representative recalled his preference for the use of the conjunction “or” between the words “lands” and “territories” in the Declaration. However, he said that his delegation would not oppose any consensus in this respect. Some governmental representatives regretted that fundamental issues such as self-determination, lands and resources, the nature of collective rights, third party rights and the rights of all other citizens still lack consensus after 11 years of negotiations, and called for clarity of meaning across the Declaration as a whole to ensure that the Declaration become a new standard of achievement rather than a source of disputation. They expressed the view that a Declaration that does not enjoy consensus amongst States would not be of real and practical benefit to indigenous peoples.”<sup>73</sup>.

I rappresentanti indigeni hanno accettato che non si definissero in termini dettagliati i diritti sulle risorse del sottosuolo, gli Stati a loro volta, hanno permesso che la UNDRIP esplicitasse ciò che la comunità internazionale aveva già attuato in materia di diritti alla terra dei popoli indigeni<sup>74</sup>.

Parte della dottrina sostiene che il diritti territoriali siano un corollario del diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni<sup>75</sup> e sottolinea le difficoltà che il riconoscimento di questo aspetto dell'autodeterminazione ha riscontrato a livello internazionale<sup>76</sup>. Cobo sostiene:

“It is essential to know and understand the deeply spiritual special relationship

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, par. 29.

<sup>74</sup> ÅHRÉN, *The Provisions on Lands, territories and Natural Resources in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: an Introduction*, in CHARTERS & STEVENAGHEN, *Making*, op. cit., pp. 200-215.

<sup>75</sup> CASTELLINO, *Conceptual Difficulties and the Right to Indigenous Self-Determination* in GHANEA e XANTHAKI, a cura di, *Minorities, Peoples and Self-Determination*, Dordrecht, 2005, p. 55.

<sup>76</sup> CASTELLINO, *Indigenous Peoples*, op. cit. p. 114: “Thus in terms of indigenous peoples and the right to land, the discussion usually stalls in the face of the backdrop provided above. International law is keen to guarantee order and is keen to stymie any norm that could potentially violate such order. In keeping with the process of self-determination it stresses that this should involve the accommodation of differing national identities within the confines of the state, rather than the creation and/or dismembering of older states. Human rights instruments take up this cause: but although recognising the importance of self-determination, seem less keen to make the connection between it and the right to property in deference to state parties. Indeed the attempt to enshrine this within the International Covenants was effectively sacrificed in the discussion between East and West. Thus human rights instruments stress the availability of rights to all; and are willing to make special concessions to indigenous peoples – but are reluctant for these concessions to take on the mantle of the title to territory. From an indigenous peoples’ perspective, self-determination often has to include some manifestation of the relationship of the community to the territory, and more importantly the relationship of settlers vis-à-vis that same territory”.



between indigenous peoples and their land as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions and culture. For such peoples, the land is not merely a possession and a means of production. The entire relationship between the spiritual life of indigenous peoples and Mother Earth, and their land, has a great many deep-seated implications. Their land is not a commodity which can be acquired, but a material element to be enjoyed freely.”<sup>77</sup>

La Daes ha individuato una serie di elementi sostanziali per comprendere il concetto di “territorio” secondo la visione indigena, senza pretesa di completezza:

- “(i) a profound relationship exists between indigenous peoples and their lands, territories and resources;
- (ii) this relationship has various social, cultural, spiritual, economic and political dimensions and responsibilities;
- (iii) the collective dimension of this relationship is significant;
- (iv) the intergenerational aspect of such a relationship is also crucial to indigenous peoples’ identity, survival and cultural viability.”<sup>78</sup>

Gli stessi rappresentanti indigeni, provenienti da differenti paesi, hanno sostenuto la necessità dei diritti territoriali per la garanzia del diritto allo sviluppo, ai fini di poter usufruire delle risorse naturali, secondo i propri interessi e in linea ai propri stili di vita:

“A representative of the Maasai people of Kenya explained that to pastoralist communities, land was the basis for all kinds of development and production. Therefore, development must ensure the conservation and sustainable use of land, water and natural resources. Development must be relevant to the needs of people. The Maasai people knew how to achieve this type of development in their region, based on land, education for empowerment, and a peaceful environment. Their development needs were education, food, water and land rights, and securing the indigenous pastoralist resource base.”<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> MARTINEZ COBO, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, 30 luglio 1981, E/CN.4/Sub.2/476, Cap.V, par. 5.

<sup>78</sup> DAES, *Indigenous peoples and their relationship to land*, E/CN.4/Sub.2/2001/21 del 11 giugno 2001, par. 20.

<sup>79</sup> WGIP, *Prevention of discrimination and protection of indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/2001/17 del 9 agosto 2001, par. 23. Vedere anche par. 38: “The representative of the National Aboriginal and Torres Strait

Sulla base di queste affermazioni i rappresentanti indigeni hanno abilmente collegato il diritto alla terra, non solo al controverso principio di autodeterminazione, ma all'inalienabile diritto umano allo sviluppo, sancito nell'art.1 della *Declaration on the Right to Development* del 1986<sup>80</sup>, a sua volta tutelato dall'art. 1 comune ai Patti<sup>81</sup>.

Raccogliendo queste posizioni, e con riferimento al testo della Convenzione ILO n. 169<sup>82</sup>, nel Preambolo della UNDRIP, l'Assemblea Generale sottolinea le ingiustizie subite dai popoli indigeni nella storia, risultato del processo di colonizzazione e dell'alienazione delle terre, territori e risorse, fatto che ha impedito la naturale crescita e sviluppo di questi gruppi secondo le proprie necessità e interessi<sup>83</sup>. Sulla base di questo presupposto viene innanzitutto vietata nell'art. 8 qualsiasi forma di trasferimento forzato, spossessamento o alienazione delle terre nei confronti dei popoli indigeni<sup>84</sup>, principio ribadito con più forza nell'art. 10<sup>85</sup> e affermato nell'art. 26 in forma diretta:

- “1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.
2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.
3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and

---

Islander Legal Services Secretariat Limited of Australia noted that sustainable development was only possible through the recognition of the right to self-determination for indigenous peoples. The right to self-determination, as was repeatedly emphasized in a large number of interventions, was strongly linked to the right of indigenous peoples to decide on their own development and to have control over their land and resources.”

<sup>80</sup> *Declaration on the Right to Development*, adottata il 4 dicembre 1986, art.1: “The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized” e art. 8: “States should undertake, at the national level, all necessary measures for the realization of the right to development and shall ensure, inter alia, equality of opportunity for all in their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment and the fair distribution of income. Effective measures should be undertaken to ensure that women have an active role in the development process. Appropriate economic and social reforms should be carried out with a view to eradicating all social injustices. 2. States should encourage popular participation in all spheres as an important factor in development and in the full realization of all human rights.”

<sup>81</sup> Vedere anche art. 47 ICCPR e art. 25 ICESCR.

<sup>82</sup> Vedere *supra*, artt. 6, 13-19.

<sup>83</sup> *Ibidem*, Preambolo, par. 6.

<sup>84</sup> *Ibidem*, art. 8, b) e c).

<sup>85</sup> *Ibidem*, art. 10: “Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return.”

resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.”<sup>86</sup>.

L’art. 28 della Dichiarazione prevede invece che vengano stabilite da parte degli Stati delle misure per la restituzione o l’indennizzazione dei territori dei quali i popoli indigeni siano stati privati senza consenso; l’art. 32 attribuisce ai popoli indigeni il diritto di stabilire l’utilizzo delle proprie terre, territori e risorse in base alle proprie esigenze di sviluppo e la necessità del consenso di questi gruppi, nel momento in cui vi sia un piano di sfruttamento di risorse naturali presenti nelle aree di riferimento. Le *Guidelines* specificano che la terra e i territori hanno una dimensione materiale, culturale e spirituale per i popoli indigeni<sup>87</sup>. Per tale ragione sono fondamentali per la loro esistenza e identità come popoli, dato che durante i secoli si sono evoluti in sintonia con l’ecosistema specifico di cui si sentono parte. Lo stesso principio vale per la gestione delle risorse naturali presenti sulla superficie e nel sottosuolo delle aree in cui vivono, risorse che hanno saputo utilizzare in maniera sostenibile per millenni e che vengono attualmente minacciate dai processi di cambio e modernizzazione<sup>88</sup>. Il tema delle risorse naturali è contemplato anche nell’art. 8, j) della *Convention on Biological Diversity* (CBD)<sup>89</sup>, a riguardo lo UNPFII si è espresso recentemente:

“Urged parties in their elaboration and negotiation of an international regime on access and benefit-sharing to recognize, respect and protect the rights of indigenous peoples in all aspects of the regime, and take into account and complement the work of other organizations, such as the work of the World Intellectual Property Organization (WIPO) in relation to the intellectual property aspects of access and benefit-sharing and the protection of traditional knowledge.”<sup>90</sup>

Inoltre, lo UNPFII constata che la gestione su base comunitaria delle risorse naturali supporta tutti i tre obiettivi della CBD e rientra negli obblighi degli Stati parte, ai sensi degli artt. 8 (j) e 10 (c), ed è la forma più efficace di protezione ambientale: quindi lo

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, art. 26.

<sup>87</sup> UNDP, *Guidelines*, op. cit., p.16.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>89</sup> Adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992.

<sup>90</sup> UNPFII, *Report of the international expert group meeting on the international regime on access and benefit-sharing and indigenous peoples’ human rights of the Convention on Biological Diversity*, sesta sessione, 14-25 maggio 2007, E/C.19/2007/8, *General Recommendations*, d).

UNPFII esorta gli Stati a riconoscere il ruolo delle comunità locali nella gestione e conservazione delle risorse naturali, con la piena ed effettiva partecipazione delle popolazioni indigene. Tale principio dovrebbe valere anche per l'accesso e condivisione dei benefici derivanti da queste risorse<sup>91</sup>.

La UNDRIP prevede una tutela ampia dei diritti territoriali dei popoli indigeni, sulla base dell'importanza che questi hanno assunto nella giurisprudenza dei diritti umani<sup>92</sup> e nel diritto internazionale nel corso degli anni e in conseguenza dei numerosi conflitti insorti durante gli ultimi decenni tra comunità indigene e Stati, in particolare laddove nelle aree abitate dagli indigeni fossero presenti delle risorse naturali.

Per comprendere quale sia l'interpretazione delle disposizioni sulla terra contenute nella UNDRIP da parte dell'EMRIP, si può fare riferimento al documento prodotto nel 2009 sulle linee direttive per la protezione dei popoli indigeni in situazione di volontario isolamento nelle terre amazzoniche e del Chaco<sup>93</sup>. L'EMRIP garantisce un diritto esclusivo sulle terre ai popoli indigeni in situazione di isolamento, definendo innanzitutto due tipologie di territori per le quali dovrà essere prevista una protezione speciale: nelle aree necessarie per la sopravvivenza, che i popoli indigeni hanno abitato e utilizzato storicamente, vigerà il divieto di accesso assoluto; nelle zone contigue al primo tipo, dovrà essere previsto un permesso di accesso limitato al fine di evitare contatti accidentali<sup>94</sup>. L'EMRIP definisce anche dei principi fondamentali per la garanzia della protezione delle terre dei popoli indigeni incontattati:

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, General Recommendations, g).

<sup>92</sup> Vedere cap. III.

<sup>93</sup> EMRIP, *Draft Guidelines on the Protection of Indigenous Peoples in Voluntary Isolation and in Initial Contact of the Amazon Basin and El Chaco*, A/HRC/EMRIP/2009/6, del 30 giugno 2009.

<sup>94</sup> *Ibidem*, par. 56-57: "One of the most controversial issues in this regard is that of legally defining and delimiting the lands and territories of indigenous peoples in isolation and in initial contact. In some cases, when States have lacked information on the names of indigenous peoples in isolation and on the number of individuals or groups belonging to them and living on the same lands, they have declared such lands to be public property and have not recognized the full extent of the lands used by these peoples. In accordance with international instruments, delimitation should be based on the use made of the land, a much broader concept than that of ownership. In view of this situation, two types of land should be given special protection for the benefit of indigenous peoples in isolation and in initial contact: (a) Lands and territories of indigenous peoples in isolation and in initial contact: those that enable such peoples to maintain their ways of life and in which they have historically lived or travelled. Outsiders should be strictly forbidden to enter or to carry out any type of activity in these lands; (b) Buffer zones: lands surrounding the lands of indigenous peoples in isolation and in initial contact. In order to prevent accidental contacts, specific protective measures should be taken to reduce their likelihood. Access to these zones should be restricted, economic activities should provide for mechanisms and physical barriers to avoid contact and activities within such zones should be monitored."

- “(a) Delimitation of the lands necessary for the survival of indigenous peoples in isolation and in initial contact and establishment of the boundaries of buffer zones;
- (b) Prohibition of any type of economic or other activity in such lands, with special emphasis on extractive and missionary activities;
- (c) Prohibition of access by outsiders to the lands and territories of indigenous peoples in isolation and in initial contact. In the case of indigenous peoples in initial contact, they alone should have the authority to decide who should be allowed to enter their lands and territories;
- (d) Restricted access and special protection for buffer zones in order to avoid direct contact with indigenous peoples in isolation or interference with the processes whereby indigenous peoples in initial contact begin to approach the majority population;
- (e) Establishment of effective mechanisms for enforcing the above-mentioned prohibitions; such mechanisms should define and criminalize the offence of forced contact with indigenous peoples in isolation.”

Risulta evidente l'importanza che viene attribuita al rapporto tra i popoli indigeni e le terre su cui vivono, ai fini di tutelarne i principali diritti umani, a partire dalla sopravvivenza degli stessi popoli. Tra i punti fondamentali evidenziati dall'EMRIP risultano di particolare interesse per gli sviluppi futuri: il problema della delimitazione delle terre, il divieto di qualsiasi tipo di operazione economica e di utilizzo delle materie del sottosuolo e delle attività missionarie nelle zone in questione.

### **3.5. *Segue:* Il riconoscimento della diversità culturale**

Il concetto di diversità culturale permea l'intera UNDRIP, come presupposto fondamentale per il riconoscimento dei diritti di popoli che hanno mantenuto e sviluppato un modo di vivere, delle tradizioni, una lingua e dei principi sociali diversi dalla cultura attualmente dominante nei paesi di appartenenza. La Dichiarazione definisce la diversità culturale come patrimonio comune dell'umanità al terzo *affermando* del Preambolo. L'art. 15 della Dichiarazione consacra la dignità e la diversità delle culture indigene, imponendo agli Stati un'azione di sensibilizzazione a livello educativo e informativo per eliminare ogni tipo di discriminazione a riguardo. La tutela della diversità culturale rispetto ad ogni tipo di assimilazione forzata viene invece sancita dall'art. 8, che prevede che gli Stati dovranno stabilire necessariamente una serie di misure di prevenzione e risarcimento per qualsiasi atto che abbia come finalità o conseguenza la privazione dell'integrità dei popoli indigeni

quali popoli distinti, dei loro valori culturali o della loro identità etnica<sup>95</sup>. In particolare gli artt. 11 e 12 prevedono il diritto di restituzione e riparazione dei beni e dei luoghi di valore spirituale, intellettuale e religioso di cui questi popoli siano stati privati senza libero consenso e che vengono ritenuti necessari anche per lo sviluppo delle suddette culture tra le generazioni future<sup>96</sup>. Il concetto di “generazioni future” viene ripreso anche nell’art. 13, dato che nella Dichiarazione non si vogliono catalogare i popoli indigeni come un “oggetto del passato”, bensì come una realtà attuale in costante evoluzione, in relazione con la restante parte della società e non come un segmento cristallizzato di quest’ultima. In tal senso viene evidenziata l’importanza di garantire dei sistemi di istruzione che siano in linea con le culture indigene, ma non estranee al sistema scolastico formale nazionale<sup>97</sup>. Altri aspetti inerenti alla diversità culturale vengono considerati negli artt. 24 e 31. Il primo articolo prende in considerazione le conoscenze in campo medico e le pratiche esercitate nelle comunità indigene, in particolare modo viene tutelata la possibilità di usufruire delle medicine tradizionali, senza che questo sia fonte di discriminazione nella possibilità di accesso ai servizi della sanità pubblica<sup>98</sup>. L’art. 31 tutela il patrimonio intellettuale dei popoli indigeni in un senso più ampio:

“Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.”<sup>99</sup>

Questi stessi principi qui riassunti, godono tra l’altro, di tutela in diversi settori del sistema internazionale: gli strumenti generali di tutela dei diritti umani<sup>100</sup>; gli strumenti *ad hoc* per i

---

<sup>95</sup> UNDRIP, art. 8, par. 1 e 2, a).

<sup>96</sup> *Ibidem*, artt. 11 e 12.

<sup>97</sup> *Ibidem*, art. 13 e 14.

<sup>98</sup> *Ibidem*, art. 24.

<sup>99</sup> *Ibidem*, art. 31, par. 1.

<sup>100</sup> ICCPR, art. 27; ICESCR art. 13, CRC artt. 29 e 30, vedere *supra* cap. II.

diritti dei popoli indigeni<sup>101</sup>; gli strumenti a tutela delle minoranze; gli strumenti a tutela del patrimonio culturale.

In particolare quest'ultimo gruppo viene menzionato nelle *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, dove, oltre a indicare come punto di riferimento la *UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity* (2001), vengono individuate 7 Convenzioni utili ai fini di garantire una solida protezione della diversità culturale: *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (2005), *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (2003), *Protection of the Underwater Cultural Heritage* (2001), *Protection of the World Cultural and Natural Heritage* (1972), *Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (1970), *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (1954) and *Universal Copyright Convention* (1952 and 1971)<sup>102</sup>.

Parte della dottrina non ritiene che questi strumenti riescano a rispondere alle esigenze legate ai popoli indigeni in tema di patrimonio culturale, per una serie di differenze concettuali nel modo di intendere lo stesso patrimonio da parte di questi particolari gruppi. *In primis* lo afferma Stavenaghen, il quale ritiene che le conoscenze tradizionali, le risorse biologiche, le innovazioni e le pratiche dei popoli indigeni non siano mai stati ben definiti e protetti né a livello nazionale, né a livello internazionale. Ad esempio le conoscenze relative all'utilizzo delle piante medicinali di questi popoli sono state utilizzate per la creazione delle medicine moderne e commercializzate dalle case farmaceutiche; allo stesso modo i brani musicali indigeni, i simboli, non protetti dal diritto di autore in quanto patrimonio collettivo e ancestrale, vengono riprodotti e messi su mercato globale senza alcun tipo di riconoscimento o tutela<sup>103</sup>.

Il primo limite degli strumenti internazionali menzionati consiste nella concezione della *cultura* come “capitale” e quindi come un patrimonio accumulato da un particolare gruppo. In questo senso la cultura crea una serie di diritti ricollegabili all'individuo o a un insieme di individui nel senso di possibilità di “accesso” alla cultura stessa<sup>104</sup>; oppure la *cultura* in quanto “patrimonio culturale” nazionale crea dei diritti dei quali risultano titolari gli

---

<sup>101</sup> Convenzione OIL n. 169, vedere *supra* cap. IV.

<sup>102</sup> UNDP, *Indigenous Guidelines*, op.cit., p. 34.

<sup>103</sup> STAVENAGHEN, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, del 27 febbraio 2007, A/HRC/4/32, par. 58.

<sup>104</sup> Per esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, art. 27.2; ICESCR, art. 15; ICEARD, art.5.

Stati<sup>105</sup> o l'umanità nella sua totalità<sup>106</sup>. Un secondo limite, in relazione alle questioni indigene, è legato alla tutela della *cultura* intesa come “processo di creazione artistico e scientifico”<sup>107</sup>. Nemmeno quest'ultima interpretazione, condivisa a livello internazionale, coincide con la concezione di *cultura* dei popoli indigeni, secondo i quali, la cultura non può essere creata da un solo individuo, ma deriva da un insieme di conoscenze ancestrali e collettive. Questo elemento collettivo si ritrova nell'art. 1 della *UN Declaration on Minorities*: “States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of that identity”<sup>108</sup>, ma il resto del documento è redatto in termini individuali “*persons belonging to minorities*”.

La cultura, secondo la concezione “olistica” indigena, comprende in senso ampio tutti gli aspetti della vita e il diritto alla cultura dovrebbe tutelare la conoscenza, l'arte, la letteratura, la filosofia, la scienza, i valori, le leggi, i costumi e le tradizioni<sup>109</sup>. Per tutelare tutti questi aspetti a livello internazionale è necessario fare riferimento a diversi strumenti<sup>110</sup>, mentre è più complesso identificare una definizione vincolante, onnicomprensiva, che protegga tutte le diramazioni della “cultura” così intesa e al contempo il processo evolutivo della stessa<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Tra gli altri ICCPR e ICESCR, art.1.

<sup>106</sup> STAVENAGHEN, *Cultural Rights: A Social Science Perspective*, in HIEC, *Cultural Rights and Wrongs*, UNESCO, 1998, pp 1-20.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>108</sup> *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adottata il 18 dicembre 1992, art. 1.

<sup>109</sup> THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, 1991, p. 188. Segue con la definizione di LEIRIS, *Race and Culture*, UNESCO, 1958: “culture comprehends all that is inherited or transmitted through society...its individual elements are.. diverse. They include not only beliefs, knowledge, sentiments and literature... but the language or other system of symbols which are their vehicles. Other elements are the rules of kinship, methods of education, forms of government and all the fashions in social relations..”.

<sup>110</sup> Per esempio un importante riferimento per la tutela degli stili di vita in relazione all'ambiente e alle conoscenze tradizionali si può ritrovare nella CBD del 1992, art. 8.j: “Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices;”.

<sup>111</sup> La *UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, del 1989, contiene un'ampia definizione di folklore, ma l'implicazione stessa del termine “folklore” non si addice alle culture indigene che sono in costante evoluzione: “Folklore (or traditional and popular culture) is the totality of tradition-based creations of a cultural community, expressed by a group or individuals and recognized as reflecting the expectations of a community in so far as they reflect its cultural and social identity; its standards and values are transmitted orally, by imitation or by other means. Its forms are, among others,



Tra gli strumenti che hanno contribuito maggiormente ad un'evoluzione significativa per quanto riguarda la concezione e la garanzia dei diritti culturali indigeni nel loro complesso, a livello internazionale, si devono certamente menzionare la recente *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, in particolare con la definizione di diversità culturale contenuta nell'art. 4. 1:

“Cultural diversity” refers to the manifold ways in which the cultures of groups and societies find expression. These expressions are passed on within and among groups and societies.

Cultural diversity is made manifest not only through the varied ways in which the cultural heritage of humanity is expressed, augmented and transmitted through the variety of cultural expressions, but also through diverse modes of artistic creation, production, dissemination, distribution and enjoyment, whatever the means and technologies used”<sup>112</sup>;

e la *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* del 2003, dove, oltre a dare un'ampia definizione di patrimonio culturale intangibile, viene anche sottolineata l'importanza di questo concetto per il senso di identità e continuità dei gruppi e la continua evoluzione di generazione in generazione dello stesso, risultato dell'interazione con l'ambiente, la natura e la storia<sup>113</sup>. Secondo quanto espresso dalla UNESCO, nonostante gli importanti progressi relativi ai diritti dei popoli indigeni, in particolare in relazione alla tutela della diversità culturale, a causa della continua discriminazione e delle

---

language, literature, music, dance, games, mythology, rituals, customs, handicrafts, architecture and other arts.”.

<sup>112</sup> Da sottolineare come viene considerato sia l'elemento collettivo, non solo in relazione allo Stato, ma anche in relazione ai gruppi e alle società in generale; in secondo luogo viene data un'interpretazione ampia di cultura in un senso vicino alla concezione indigena della stessa.

<sup>113</sup> UNESCO, *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 17 Ottobre 2003, art. 2: “1. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development. 2. The “intangible cultural heritage”, as defined in paragraph 1 above, is manifested inter alia in the following domains: (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage; (b) performing arts; (c) social practices, rituals and festive events; (d) knowledge and practices concerning nature and the universe; (e) traditional craftsmanship.”.

minacce volte contro la loro identità, si rende necessario approfondire e ampliare la protezione di questi popoli, apprendendo dalla loro visione olistica e ricercando degli stili di vita compatibili, sostenendo la determinazione di trasmettere i valori di queste comunità alle generazioni future<sup>114</sup>.

#### **4. Riflessioni conclusive sulla portata della UNDRIP**

La UNDRIP riafferma i diritti individuali fondamentali adattandoli alla particolare situazione degli individui indigeni. Al fine di garantire l'effettiva tutela dei diritti umani individuali stabilisce una serie di diritti di carattere collettivo in relazione all'autogoverno, alle istituzioni politiche, giuridiche, sociali; all'integrità culturale; alle terre, i territori e alle risorse naturali; allo sviluppo e ai servizi sociali e alla cooperazione. La UNDRIP promuove il principio di autodeterminazione come interazione e partecipazione alla vita degli Stati di appartenenza. Sostanzialmente non vengono creati dei diritti speciali, distinti dai diritti umani di applicazione universale, ma si rendono applicabili gli stessi sulla base delle circostanze culturali, storiche, sociali ed economiche specifiche dei popoli indigeni.

La UNDRIP è il prodotto di un processo di redazione durato un ventennio e si basa sui principi già stabiliti nelle convenzioni internazionali di tutela dei diritti umani, con un particolare riferimento alla Convenzione ILO n. 169. Per quanto la Dichiarazione non abbia valore vincolante, la sua efficacia e il suo carattere riparatorio vengono potenziati dai trattati internazionali che contemplano i diritti ai quali viene fatto riferimento e che creano degli obblighi precisi per gli Stati parti. Inoltre essendo una risoluzione approvata dalla Assemblea Generale per maggioranza di voti, rappresenta un impegno assunto dalle Nazioni Unite e dagli Stati Membri, secondo gli obblighi stabiliti dalla Carta delle Nazioni Unite, per promuovere e proteggere i diritti dell'uomo senza discriminazione<sup>115</sup>.

Affinchè la Dichiarazione sia effettiva, dovranno entrare in azione tre attori principali: gli Stati, che dovranno adottare una serie di misure positive e speciali che coinvolgano le istituzioni legislative e amministrative nazionali, attraverso degli importanti processi di riforme interne; i popoli indigeni, ai quali è richiesta una partecipazione attiva e una

---

<sup>114</sup> UNESCO and Indigenous Peoples: *Partnership to promote Cultural Diversity*, UNESCO, 2006, p. 19. Vedere anche WGIP, *Report E/CN.4/Sub.2/1993/28 e E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5*.

<sup>115</sup> HRC, *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya*, 9 sessione A/HRC/9/9 del 11 agosto 2008, par. 85-86.

costante collaborazione con gli Stati di appartenenza; il sistema delle Nazioni Unite, attraverso gli organi e i meccanismi di tutela dei diritti umani insieme agli organismi specializzati in questioni indigene (il UNPFII, l' EMRIP e lo *Special Rapporteur*), che dovranno svolgere un'azione di promozione e vigilanza affinché vengano applicati i principi contenuti nella UNDRIP sul piano nazionale e internazionale<sup>116</sup>.

## **5. Il Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni: breve rassegna sul processo di elaborazione del testo della OAS**

Nel 1989, più di dieci anni dopo che un processo simile era stato iniziato in seno alle Nazioni Unite, gli Stati membri dell'Assemblea Generale dell'OAS hanno adottato la Ris. n. 1022, prevedendo che la CIDH preparasse uno strumento giuridico relativo ai diritti dei popoli indigeni<sup>117</sup>. Questo documento è stato originariamente concepito per essere approvato dall'Assemblea Generale come il simbolo della volontà degli Stati americani di riconoscere i diritti indigeni nel 1992, data dell'anniversario dei cinquecento anni dalla conquista dell'America. Il documento doveva rappresentare i diritti e gli interessi dei popoli indigeni, ma gli Stati membri dell'OAS, in questa prima fase di lavori, hanno ignorato le richieste dei popoli indigeni e hanno preferito consultarsi con gli antropologi e esperti della materia: il primo testo provvisorio della Dichiarazione è stato elaborato tra le delegazioni degli Stati membri, senza il contributo della società civile. Durante il periodo tra il 1989 e il 1997, il testo della Dichiarazione è stato redatto dalla CIDH<sup>118</sup> ed è successivamente passato al Consiglio permanente della OAS per l'esame a porte chiuse, dal giugno 1997 al giugno 1999.

Nel giugno 1999 l'Assemblea Generale della OAS ha deciso di stabilire un Gruppo di Lavoro, come parte del Consiglio Permanente, per procedere con i lavori della Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni (da ora anche Dichiarazione)<sup>119</sup>. In particolare la creazione di questo Gruppo avrebbe dovuto facilitare la partecipazione dei rappresentanti delle comunità indigene alla redazione della Dichiarazione: "To also invite

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, parr. 87-89.

<sup>117</sup> OAS, *Reports of Inter-American Commission of Human Rights*, AG/RES. 1022 del 18 novembre 1989.

<sup>118</sup> OAS, *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, approvato dalla CIDH il 26 febbraio 1997, 95ma sessione, in CP/doc.2878/97 corr., del 10 febbraio 1998.

<sup>119</sup> OAS, *Resolution, Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Populations*, AG/RES 1610 del 7 giugno 1999.

the Working Group to provide for appropriate participation in its efforts by representatives of indigenous communities, so that their observations and suggestions may be considered”<sup>120</sup>.

Nonostante questo importante progresso ai fini della partecipazione dei popoli indigeni alla stesura della Dichiarazione, la maggior parte degli Stati membri dell'OAS, ancora nel 1999, mantenevano la posizione secondo la quale la Dichiarazione si sarebbe dovuta discutere e adottare a porte chiuse. Tuttavia, durante la riunione del Consiglio Permanente convocata anteriormente all'istallazione Gruppo di Lavoro, diversi Stati - in particolare gli Stati Uniti, Canada, Antigua e Barbados - hanno collaborato con le popolazioni indigene, permettendo loro di occupare posti nelle delegazioni, al fine di esprimere le proprie opinioni. I popoli indigeni provenienti da tutto il continente americano hanno cominciato ad esigere il diritto di partecipare e, durante la prima riunione del Gruppo di Lavoro, centinaia di rappresentanti indigeni hanno protestato in maniera coordinata contro pratiche anti-democratiche della OAS. Nel 2003 questi sforzi hanno portato all'inclusione dei popoli indigeni quali partecipanti alla pari nelle riunioni del Gruppo di Lavoro. Il gruppo per la Dichiarazione della OAS è stato reso accessibile quindi non solo ai membri degli Stati, ma anche alle organizzazioni non governative e degli indigeni: questo fenomeno rappresenta un'apertura storica della OAS alla partecipazione della società civile.

In generale, il processo di sviluppo del progetto di Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni può essere suddiviso in tre fasi, ognuna delle quali è caratterizzata da una metodologia particolare. Nel primo periodo (fino al 2003) si sono svolti i lavori preliminari, sulla base del testo della CIDH, in questo periodo la partecipazione al Consiglio Permanente e al Gruppo di Lavoro è stata limitata e chiusa alla società civile. Nella seconda fase, iniziata nel 2003<sup>121</sup>, si svolgono i negoziati al fine di stabilire dei punti di consenso. Il punto di partenza è il *Consolidated Text of the Draft Declaration prepared by the Chair of the Working Group*, del 17 giugno del 2003<sup>122</sup>, sulla base del quale vengono realizzate sette sessioni di negoziati del Gruppo di Lavoro, che hanno visto la

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>121</sup> OAS, Ris. AG/RES. 1919 del 10 giugno 2003.

<sup>122</sup> OAS, *Working Group to Prepare the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Consolidated Text of the Draft Declaration prepared by the Chair of the Working Group*, GT/DADIN/doc.139/03, del 17 giugno 2003.

partecipazione attiva degli Stati, dei rappresentanti indigeni e delle ONG<sup>123</sup>. La terza fase, iniziata il 25 marzo del 2006<sup>124</sup>, consiste nella revisione finale del nuovo testo base della Dichiarazione ed è attualmente in corso in seno alla OAS<sup>125</sup>. Questo terzo periodo di lavori è caratterizzato dal cambiamento nella metodologia e limita le discussioni del Gruppo di Lavoro alle parti del testo rimaste controverse (segnalate dalle parentesi quadre).

Le fasi di lavoro della Dichiarazione e le modalità adottate in relazione alla partecipazione dei popoli indigeni rispecchiano le tendenze che si sono susseguite negli anni a livello internazionale. L'attenzione sul processo di preparazione e adozione della Dichiarazione è conseguenza del fatto che potrebbe coinvolgere Stati come Canada e Stati Uniti che hanno votato contro la UNDRIP.

Attualmente il Gruppo di Lavoro della OAS è impegnato nella revisione finale del progetto di Dichiarazione sulla base del testo del 2008. A tal fine, i partecipanti del Gruppo di Lavoro - popoli indigeni e delegazioni degli Stati - continueranno a riunirsi per discutere il testo del progetto e presentare proposte terminologiche alternative per raggiungere un consenso.

#### **4.1. Principali contenuti del Progetto di Dichiarazione Americana sui Diritti dei Popoli Indigeni**

L'ultima versione del Progetto di Dichiarazione del 2008 è composta da trentanove articoli suddivisi in sei sezioni, dedicate rispettivamente a: i popoli indigeni e alle finalità dell'applicazione della Dichiarazione; i diritti umani e i diritti collettivi; l'identità culturale; i diritti politici; i diritti sociali, economici e di proprietà; le disposizioni generali. Il linguaggio del Progetto di Dichiarazione richiama la Convenzione ILO n. 169 e la UNDRIP. Analizzando in questa sede brevemente le diverse sezioni del Progetto di Dichiarazione del 2008, risulterà evidente come le disposizioni più controverse, sulle quali

---

<sup>123</sup> Le negoziazioni terminano il 24 maggio 2006 nell'ambito del *Seventh Meeting of Negotiations in the Quest for Points of Consensus*, svoltosi in Brasile dal 21-25 marzo del 2006.

<sup>124</sup> OAS, *Outcomes of the Six Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group*, GT/DADIN/doc.236/05 rev. 1, del 25 marzo 2006.

<sup>125</sup> OAS, *Outcomes of the Eleventh Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group*, GT/DADIN/doc.334/08, del 18 aprile 2008.

ancora non è stato raggiunto un accordo, siano ricollegate ai diritti territoriali e di autodeterminazione dei popoli indigeni nelle Americhe.

La prima sezione del Progetto di Dichiarazione riformula sostanzialmente le disposizioni previste dalla Convenzione ILO n. 169, in particolare l'art. I, 2), definisce il criterio di *autoidentificazione* come fondamentale per determinare i soggetti a cui si applicherà la Dichiarazione<sup>126</sup>. L'art. II, approvato nel 2008, riconosce il carattere multiculturale dei popoli indigeni, quali parte degli Stati. In questa sezione restano da definire, alla data, l'art. III e IV, che richiamano la UNDRIP, affermando rispettivamente il *diritto di autodeterminazione* dei popoli indigeni e, al contempo, la salvaguardia dell'integrità territoriale e della sovranità degli Stati americani. La sezione seconda, composta di 8 articoli, afferma i diritti umani e i diritti collettivi per gli individui e i popoli indigeni. L'art. V, al pari del art. 1 della UNDRIP, garantisce i diritti umani stabiliti negli strumenti internazionali a tutti gli individui indigeni. L'art. VI, 1) tutela in generale i diritti collettivi indispensabili per la sopravvivenza dei popoli indigeni, ma resta in sospeso la specificazione del par. 2 nelle parti riguardanti l'amministrazione e il controllo delle terre, territori e risorse naturali:

“In this regard, the States recognize [and guarantee], *inter alia*, the right of the indigenous peoples to their collective action; to their social, political, and economic organization; [to their legal systems;] to their own cultures; to profess and practice their spiritual beliefs; [and] to use their languages [; and to administer and control their lands, territories, and natural resources].”<sup>127</sup>.

Negli articoli successivi vengono tutelati i diritti di genere, di appartenenza e viene stabilita la personalità giuridica per i popoli indigeni, la protezione contro ogni forma di assimilazione, genocidio e discriminazione.

La sezione terza, dedicata all'integrità culturale, presenta ancora una versione incerta dell'art. XII, 1): “Indigenous peoples have the right to their cultural integrity and to their historical and ancestral heritage, which are important for their collective continuity, and for

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, art. I, 2): “Self-identification as indigenous peoples will be a fundamental criteria for determining to whom this Declaration applies. The States shall respect the right to such self-identification as indigenous, individually or collectively, in keeping with the practices and institutions of each indigenous people. (Approved on March 25, 2006 – Seventh Meeting of Negotiations in the Quest for Points of Consensus)”.

<sup>127</sup> *Ibidem*, art. VI, 2).

their identity and that of their members and their States”<sup>128</sup>, che potrebbe essere sostituita dalla formulazione più specifica: “Indigenous peoples have the right to/rights pertaining to their own identity and cultural integrity and to their cultural heritage, both tangible and intangible, including historic and ancestral heritage; and to the protection, preservation, maintenance, and development of that cultural heritage for their collective continuity and that of their members and so as to pass on/and to transmit that heritage to future generations.”<sup>129</sup>. Il paragrafo 2 dello stesso articolo è a sua volta in fase di discussione, dato che prevede la restituzione o eventuale compensazione del patrimonio culturale del quale i popoli indigeni delle americhe sono stati spossessati, rappresentando un principio che potrebbe generare notevoli conflitti di interesse tra Stati e gruppi indigeni nella regione. L’attuale formulazione: “Indigenous peoples have the right to restitution of the property that is part of that heritage of which they may be dispossessed, or, when restitution is not possible, to fair and equitable compensation”<sup>130</sup> potrebbe venire sostituita dalla più incisiva: “States shall provide [redress, reparation], including the right of [restitution, return], whenever possible, of any cultural heritage of which indigenous peoples have been dispossessed without their free, prior, and informed consent. Should return not be possible, indigenous peoples shall have the right to fair and equitable compensation. States, in conjunction with indigenous peoples, shall establish effective mechanisms for that purpose”<sup>131</sup>. Nella stessa sezione sono ancora in fase di discussione l’art. XV, 3) che dovrebbe prevedere la tutela dei luoghi sacri e dei luoghi di sepoltura dei popoli indigeni<sup>132</sup>; allo stesso modo resta incerta la formulazione dell’art. XVII, 2) che ai fini di tutelare la medicina tradizionale dei popoli indigeni, prevede la protezione e il diritto di utilizzo delle piante, degli animali e dei minerali presenti nei territori

---

<sup>128</sup> *Ibidem*, art. XII, 1.

<sup>129</sup> *Ibidem*, nota 5 all’art. XII, *Informal consultations held at the ninth meeting*, cfr. OAS, *Compendium of proposals of the ninth meetings of negotiations*, GT/DADIN/doc.255/06 rev. 2, del 26 gennaio 2007.

<sup>130</sup> OAS, *Outcomes of the Eleventh Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group*, cit. art. XII, 2).

<sup>131</sup> *Ibidem*, nota 6 all’art. XII.

<sup>132</sup> *Ibidem*, art. XV, 3: “Indigenous peoples have the right to [recover, preserve, use, control, protect, and access] their [existing and future] sacred sites and objects, including their burial grounds, human remains, and relics [located in their ancestral and other territories]. States, in conjunction with indigenous peoples, shall adopt the necessary measures to protect these rights. [States shall adopt effective measures, in conjunction with indigenous peoples, to preserve, respect, and protect their sacred sites and objects, including their burial grounds, human remains, and relics.]”.

ancestrali<sup>133</sup>. Nel 2008 è stato approvato l'art. XVIII, vale a dire il diritto collettivo a vivere in un ambiente sano, vincolato al diritto alla vita, alla cultura e alla spiritualità (par. 1), mentre i paragrafi da 2 a 7 restano in sospeso, in particolare i punti che riguardano: la garanzia della gestione sostenibile dell'ambiente, delle terre e delle risorse da parte degli stessi popoli indigeni (par. 2); il diritto di consultazione e consenso sulle misure che interessano le terre e i territori indigeni (par. 3); il diritto di partecipazione alla formulazione di programmi relativi all'ambiente e alle proprie terre (par. 4); il diritto a creare delle proprie aree protette (par. 7).

La sezione quarta prevede i diritti politici, partendo dalla garanzia del diritto di associazione, espressione (art. XIX), fino all'autonomia, all'autogoverno (art. XX) e al riconoscimento del sistema giuridico dei popoli indigeni (artt. XXI, XXII), ma su nessuno di questi cinque articoli è stato raggiunto un consenso completo.

La sezione quinta sui diritti sociali, economici e di proprietà prospetta un'ampia tutela dei diritti alla terra dei popoli indigeni (artt. XXIV e XXV), ma non è, alla data, ancora stata approvata la formulazione definitiva del testo corrispondente, in particolare esistono diverse controversie sull'utilizzo del termine "territorio"<sup>134</sup>. In ogni caso il testo della

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, art. XVII, 2: "Indigenous peoples have the right to the use and protection of the plants, animals, and minerals for medicinal use in their ancestral lands and territories, as necessary for the practice of indigenous medicine."

<sup>134</sup> *Ibidem*, art. XXIV: "Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinctive spiritual, cultural, and material relationship to their lands, territories, and resources and the [duty] to assume their responsibilities to preserve them for themselves and for future generations. [1. Indigenous peoples have the right to the recognition of their property rights and ownership rights with respect to the lands and territories that they historically occupy, as well as the use of the lands to which they have traditionally had access for carrying out their traditional activities and for sustenance, respecting the principles of the legal system of each State. These rights also include the waters, coastal seas, flora, fauna, and all other resources of that habitat, as well as their environment, preserving these for themselves and future generations. 2. Indigenous peoples have the right to legal recognition of the various and particular modalities and forms of property, possession, and ownership of their lands and territories, in accordance with the principles of the legal system of each State. The States shall establish the special regimes appropriate for such recognition, and for their effective demarcation or titling. 3. The rights of the indigenous peoples to their lands and territories they occupy or use historically are permanent, exclusive, inalienable, imprescriptible, and indefeasible. 4. The titles may only be modified by mutual agreement between the State and the respective indigenous peoples, with full knowledge and understanding by their members with respect to the nature and attributes of that property and of the proposed modification. The agreement by the indigenous people concerned shall be given following its practices, usages and customs. 5. Indigenous peoples have the right to attribute ownership within the community in accordance with the values, usages, and customs of each peoples. 6. The States shall take adequate measures to avert, prevent, and punish any intrusion or use of such lands, territories, or resources by persons from outside to claim for themselves the property, possession, or right to use the same. 7. In case the property rights over the minerals or resources of the subsoil belong to the State, or it has rights over other resources existing in the lands and territories of the indigenous peoples, the States shall establish or maintain procedures for the participation of the peoples concerned for determining whether the interests of those peoples would be prejudiced and to what extent, before undertaking or authorizing any program involving prospecting, planning, or exploitation of the resources existing on their



Dichiarazione anche in questo tema riprende quanto stabilito dalla Convenzione OIL n. 169 e dalla UNDRIP, utilizzando gli stessi termini di riferimento, per esempio “spiritual, cultural, and material relationship to their lands, territories, and resources”, o al par. 1 “property rights and ownership rights with respect to the lands and territories that they historically occupy, as well as the use of the lands to which they have traditionally had access for carrying out their traditional activities and for sustenance, respecting the principles of the legal system of each State”. Sono riconosciute le forme di trasmissione della proprietà secondo gli usi indigeni e viene previsto che gli Stati debbano provvedere a un meccanismo di delimitazione delle terre (par. 2), in queste aree inoltre gli Stati stessi devono impedire l’intrusione di estranei e l’utilizzo delle risorse da parte di terzi (par. 6). Le risorse del sottosuolo presenti nei territori ancestrali restano di proprietà degli Stati, i quali dovranno in ogni caso coinvolgere i popoli indigeni nelle attività e nei piani di sfruttamento delle stesse risorse. L’art. XXV stabilisce il divieto di trasferimento forzato, salvo in casi di disastri naturali o emergenze, viene comunque previsto il diritto di ritorno. Non sono definitivi ancora i testi degli articoli XXVIII, sulla proprietà intellettuale, e XXIX, sul diritto allo sviluppo.

Infine la sezione sesta, di formulazione meno controversa rispetto alle precedenti, prevede una serie di disposizioni generali che ribadiscono la garanzia dei diritti umani per tutti gli individui indigeni (art. XXXI); l’uguaglianza tra uomini e donne indigene quali titolari dei diritti garantiti dalla Dichiarazione (art. XXXII); il diritto dei popoli e degli individui indigeni all’effettivo esercizio e alla riparazione in caso di violazione dei loro diritti individuali e collettivi (art. XXXIII); il riconoscimento dei diritti della Dichiarazione come parametri minimi per la sopravvivenza, la dignità e il benessere dei popoli indigeni presenti negli Stati parte della OAS (art. XXXIX)<sup>135</sup>.

Paradossalmente nell’ambito regionale americano, come si è visto, numerosi dei diritti in discussione nella sede dei lavori alla Dichiarazione, sono già stati riconosciuti dai sistemi nazionali degli Stati e tutelati dalla CIDH e dalla Corte IDH, attraverso una giurisprudenza all’avanguardia rispetto alle altre zone del mondo. La OAS manifesta quindi un notevole

---

lands and territories. The peoples concerned shall participate in the benefits of such activities, and receive fair compensation for any harm they might suffer as a result of such activities. 8. The States shall provide, within their legal systems, a legal framework and effective legal remedies to protect the rights of the indigenous peoples referred to in this article.].

<sup>135</sup> Per una classificazione degli articoli del Progetto di Dichiarazione Americana in base alla possibilità di raggiungimento di un consenso vedere anche il documento OAS, *Classification of provisions that could facilitate consensus*, GT/DADIN/doc.329/08 rev. 4 del 22 luglio 2010.

ritardo nell'approvazione di questo strumento di *soft law* rispetto agli sviluppi raggiunti a livello internazionale attraverso l'adozione della UNDRIP. Probabilmente la ragione principale si deve al tentativo da parte della OAS di non escludere dal consenso due Stati di fondamentale importanza, come Canada e Stati Uniti, che già nella sede delle Nazioni Unite hanno mantenuto la propria posizione contraria alle disposizioni del testo della UNDRIP legate ai diritti territoriali e di autodeterminazione dei popoli indigeni.

## CONCLUSIONI

*“Mori Kami Yamaki, siamo tutti uno.  
Condividiamo tutti la stessa umanità e a unirci è nostra madre, la Terra.  
Abbiamo culture e lingue differenti,  
ma in ognuno di noi vive lo stesso spirito della vita.  
Siamo tutti legati gli uni agli altri.”*

Davi Kopenawa, rappresentante degli Yanomami, 2010

Il percorso di ricerca e analisi svolto ha messo in evidenza l'esistenza di una serie di norme di diritto internazionale, che costituiscono la base per il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni e possono rappresentare il fondamento per le loro rivendicazioni.

Nel 1957, per la prima volta, la comunità internazionale ha visto la necessità di creare uno strumento giuridicamente vincolante che tutelasse specificatamente i diritti indigeni, la Convenzione OIL n. 107. I maggiori contributi apportati da questo trattato internazionale riguardano: l'abolizione della schiavitù degli individui indigeni (problema che si era sviluppato in numerose zone del mondo dove questi vivevano, normalmente ricche di materie prime e dove erano state create strutture per la lavorazione di queste risorse, nelle quali venivano impiegate le popolazioni locali in condizioni altamente sfavorevoli e motivo per il quale si era concentrata l'attenzione della OIL); il riconoscimento della proprietà individuale e collettiva sulle terre “tradizionalmente occupate” dalle comunità indigene e il divieto di trasferimento forzato. La Convenzione OIL n. 107 mantiene un precario equilibrio tra le tendenze “assimilazioniste”, tipiche dell'epoca in cui viene redatta, e lo sforzo per la garanzia dei diritti umani fondamentali dei popoli indigeni. Il grande merito di questo strumento internazionale consiste nell'aver individuato come “essenziale” per la sopravvivenza delle comunità indigene, tutelare il diritto di proprietà di queste ultime sulle terre in cui abitavano. Se, da un lato, alcune disposizioni della Convenzione OIL n. 107 hanno permesso agli Stati nazionali di attuare politiche che hanno minato la salvaguardia delle culture indigene è certamente vero che, per merito di altre disposizioni, per la prima volta, un organismo internazionale ha potuto vigilare affinché

non venissero perpetrate le peggiori violazioni dei diritti umani sugli individui indigeni. La Convenzione OIL n. 107 ha permesso, tra l'altro, che la comunità internazionale venisse a conoscenza delle situazioni specifiche di questi gruppi nelle diverse regioni del mondo. Le questioni legate ai diritti dei gruppi indigeni, che prima della Convenzione OIL n. 107 venivano considerate semplicemente come problematiche locali, iniziano ad assumere, sempre di più, una dimensione internazionale: si riscontrano caratteristiche che accomunano i diversi popoli indigeni, attraverso denominatori comuni, quali discriminazione, emarginazione, esclusione dalle politiche sociali e di sviluppo degli Stati di appartenenza, e svariate violazioni dei diritti umani fondamentali, come lo spossessamento dei territori ancestrali, lo sfruttamento e il trasferimento forzato. Ancora una volta, nel 1989, è stata la OIL la prima agenzia delle Nazioni Unite a rispondere in maniera più adeguata a questa "emergenza indigena", con un secondo trattato vincolante che sostituirà la precedente Convenzione OIL n. 107. Nell'arco di un trentennio infatti la sensibilità per la situazione dei popoli indigeni era cambiata e nasceva l'esigenza di riformulare la normativa esistente eliminando le inclinazioni assimilazioniste. La Convenzione OIL n. 169 rappresenta tutt'oggi il più importante e completo strumento internazionale vincolante a tutela dei popoli indigeni. Se da un lato non si può fare a meno di sottolineare, come nota negativa, che i rappresentanti indigeni non siano stati coinvolti nel processo di redazione della Convenzione del 1989, è necessario valorizzare l'evoluzione che questo trattato ha rappresentato nell'affermazione dei diritti di questi popoli e l'influenza positiva che ha avuto sulla successiva normativa internazionale in materia, oltre che negli ordinamenti nazionali degli Stati parte. La Convenzione OIL n. 169 introduce il criterio di *autoidentificazione* per stabilire i soggetti che potranno beneficiare dei diritti in essa stabiliti e per la prima volta viene utilizzato il termine *popoli* in relazione agli indigeni, rimarcando la distinta identità culturale e sociale nel contesto nazionale di appartenenza. I principi trasversali affermati dalla Convenzione del 1989 sono quelli di *consultazione* e *partecipazione* dei soggetti indigeni, attraverso le proprie istituzioni, in tutte le questioni che li riguardano. In questa occasione la OIL si dichiara non competente per definire il diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni: una scelta ben precisa volta a evitare che una disposizione di tale portata potesse disincentivare gli Stati a ratificare il trattato. Secondo una logica simile, nel testo della Convenzione si utilizza il termine "terra", anziché "territorio", dato che alcuni Stati, nelle proprie costituzioni, si

risferiscono a questo unicamente in relazione al territorio nazionale. Il *diritto alla terre tradizionalmente occupate* viene quindi affermato nella Convenzione OIL n. 169, senza definizioni specifiche per quanto riguarda gli elementi “spazio” e “tempo” necessari per stabilire i parametri di riferimento di questo diritto, in relazione ai quali viene lasciato un margine di discrezionalità agli Stati parte, nel momento in cui dovranno stabilire dei meccanismi efficaci di delimitazione delle aree indigene all’interno dei propri confini. La proprietà delle terre, nella sua dimensione collettiva, viene dalla OIL, in diverse raccomandazioni agli Stati parte, ritenuta essenziale per garantire la sopravvivenza ed evitare lo smembramento delle comunità indigene. Stabilito il diritto di proprietà sulle terre tradizionalmente occupate, la Convenzione OIL n. 189 specifica anche che i popoli indigeni dovranno poter partecipare alla gestione delle risorse naturali presenti nelle aree in questione. La OIL ha dovuto vigilare in numerosi Stati affinché le comunità indigene venissero coinvolte nei processi decisionali relativi all’utilizzo delle risorse naturali, per evitare che non fossero violati i diritti fondamentali degli individui e non venissero esclusi dai ricavi delle operazioni. Infine, un ulteriore contributo che ha permesso che non venissero smembrati i gruppi indigeni è derivato dalla disposizione della Convenzione OIL n. 189, che vieta il trasferimento forzato dei popoli indigeni e stabilisce il diritto di ritorno, che non era previsto nella precedente Convenzione OIL n. 107.

Se è vero che i parametri di tutela dei diritti indigeni stabiliti in seno alla OIL sono particolarmente all’avanguardia e completi, è da notare anche che il limite delle Convenzioni OIL in questione è che sono state ratificate solamente da una minoranza di Stati. Per riscontrare un’azione di controllo più estesa sui diritti umani dei popoli indigeni, è necessario rivolgere l’attenzione verso l’operato degli organismi a tutela dei Patti del 1966, della Convenzione Internazionale sull’Eliminazione di tutte le Forme di Discriminazione Razziale e della Convenzione sui Diritti del Fanciullo; mentre a livello regionale si deve guardare alla giurisprudenza delle Corti per i diritti umani.

Grazie agli strumenti universali dei diritti umani sono stati riconosciuti alcuni diritti di fondamentale importanza per la sopravvivenza dei popoli indigeni, per la tutela delle loro terre ancestrali e della loro diversità culturale. Le rivendicazioni dei gruppi indigeni hanno evidenziato la necessità di rimettere in discussione alcuni dei principi stabiliti nel sistema internazionale di diritti umani, tra gli altri il diritto di autodeterminazione, il diritto all’identità culturale, il diritto di non discriminazione. Gli organismi internazionali a tutela

dei trattati citati hanno sviluppato una crescente opera di re-interpretazione dei diritti, in connessione con le peculiari situazioni indigene, grazie all'analisi delle relazioni presentate dagli Stati, attraverso le proprie raccomandazioni e i commenti generali. Questa produzione ha costituito, negli anni, la base che ha permesso che determinati criteri e parametri venissero poi tradotti in articoli specifici negli strumenti di *soft law*, in particolare nella UNDRIP del 2007.

Tra i sistemi regionali di tutela dei diritti umani, il contributo di maggiore importanza è certamente quello che deriva dalla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo. Il sistema europeo ha apportato significativi sviluppi nell'esegesi dei diritti degli individui appartenenti alle minoranze e nella definizione di tali diritti individuali come indispensabili per la garanzia di uguaglianza di queste parti delle popolazioni all'interno del contesto nazionale. Al sistema africano si riconosce il merito di aver formulato in maniera collettiva sei diritti nel testo della *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, anche se ha poi dimostrato la propria debolezza al momento di dover garantire effettivamente questi diritti. Le maggiori difficoltà derivano dalla definizione dei soggetti titolari dei diritti collettivi e dai meccanismi procedurali per accedere alla tutela degli stessi: in particolare nella situazione in cui un diritto collettivo di un "non definito" *popolo-popolazione di uno Stato* viene pregiudicato dallo stesso *Stato apparato* chiamato quindi a risponderne. Questi problemi sono stati invece abilmente superati dalla Corte IDH, la giurisprudenza della quale, pur basandosi su uno strumento di diritti fondamentali formulati in maniera individuale, ha tutelato i diritti dei popoli indigeni nella loro dimensione collettiva. La Corte IDH, mantendendo l'individuo come soggetto di riferimento, ha evidenziato i vincoli che ogni persona sviluppa nella propria esistenza e la necessità di proteggere tali relazioni per garantire la sopravvivenza di un soggetto all'interno di una comunità e, consequenzialmente, dell'intera comunità nel suo insieme. Attraverso questo sillogismo, nelle pronunce della Corte, vengono connessi il *diritto alla vita* al *diritto alla terra* degli indigeni, riconoscendo quest'ultimo come elemento fondamentale per la sopravvivenza di questi gruppi nel loro insieme e dei soggetti che ne formano parte. La Corte IDH ha confermato una vera e propria prassi nel riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni attraverso otto sentenze<sup>1</sup>, nelle quali ha avuto occasione di

---

<sup>1</sup> Per completezza si cita l'emblematica sentenza della Corte IDH, recentemente pubblicata, e per tale ragione non analizzata nel cap. III: il *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, del 24 agosto 2010. In questa pronuncia la Corte IDH ha dovuto analizzare la restituzione delle terre reclamate dalla comunità

esprimersi in particolar modo sul *diritto alla terra*, interpretando in maniera evolutiva la garanzia del diritto di proprietà stabilito dalla CADH. La giurisprudenza del sistema interamericano ha anche speculato sui differenti aspetti legati al diritto dei popoli indigeni alle proprie terre e ha voluto ricollegare a questo la salvaguardia dell'identità culturale e della vita spirituale, il principio di non discriminazione, il diritto alla salute, il diritto allo sviluppo e il concetto del diritto al progetto di vita degli individui indigeni<sup>2</sup>.

Le forme di riparazione stabilite dalla Corte IDH, a loro volta, rispondono in modo efficace alle richieste delle comunità indigene, per le quali la restituzione delle proprie terre (*restitutio in integrum*) è certamente più importante di una compensazione monetaria, in ragione della speciale relazione che questi gruppi manifestano con i territori ancestrali. Il rapporto con la terra viene anche in questo contesto riconfermato come elemento centrale della vita degli indigeni nel suo insieme. In generale le riparazioni simboliche, come gli atti pubblici dove lo Stato riconosce le violazioni commesse o atti per salvare la memoria storica o ancora misure che possano migliorare la qualità della vita nelle comunità, quali la creazione di scuole, di sistemi sanitari o dei servizi basici, sono preferite dalle comunità indigene rispetto alle compensazioni pecuniarie<sup>3</sup>.

---

indigene del Chaco paraguayano e la realizzazione effettiva del diritto alla terra. In riferimento all'art. 21 della CADH, la Corte si esprime al par. 87: "Asimismo, la Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas". Vedere anche il par. 109 dove la Corte IDH riassume la propria giurisprudenza in materia di proprietà delle terre indigene: "El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad".

<sup>2</sup> *Ibidem*, par. 172, la Corte IDH riporta le parole degli stessi rappresentanti indigeni: "Los representantes alegaron la existencia de un "desgaste cultural colectivo" de los miembros de la Comunidad por la violación al derecho a la propiedad. Añadieron que la falta del territorio comunitario priva a la Comunidad "de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica". Según los representantes, habría una estrecha relación entre las prácticas espirituales de la Comunidad vividas colectivamente y la vinculación a las tierras ancestrales. Adicionalmente, señalaron que la falta de tierra ha afectado los ritos de iniciación de hombres, mujeres y chamanes."

<sup>3</sup> LENZERINI, *Indigenous Reparations*, op. cit., p. 618.

Infine, la comunità internazionale ha riunito questi numerosi principi di garanzia dei popoli indigeni, emersi negli ultimi sessant'anni, nella UNDRIP, una dichiarazione di carattere "riparatorio", che ambisce a stabilire quanto meno dei parametri di riferimento a livello universale, non essendo uno strumento giuridicamente vincolante. I diritti stabiliti dalla UNDRIP sembrano voler riprendere le fila delle problematiche indigene, ripartendo proprio dalle origini, garantendo il diritto di autodeterminazione, di autonomia, il diritto alle terre, ai territori ancestrali e alle risorse naturali, stabilendo inoltre un'ampia tutela della diversità culturale. In seno alle Nazioni Unite sono stati inoltre creati diversi meccanismi per vigilare sui diritti dei popoli indigeni e le agenzie dovranno operare nei diversi paesi secondo lo spirito della UNDRIP.

Il riconoscimento internazionale è solo un primo passo affinché gli Stati possano rispettare e attivarsi per proteggere i diritti dei popoli indigeni presenti sul proprio territorio ed evitare che le stesse comunità indigene siano vittime dell'azione di terzi, soprattutto impedendo che lo sfruttamento delle risorse naturali e altri eventuali interessi economici possano ancora una volta compromettere la sopravvivenza di questi popoli, violando i diritti umani fondamentali di numerosi individui nelle diverse regioni del mondo. Il dibattito sui diritti dei popoli indigeni ha evidenziato l'importanza e la necessità di una continua re-interpretazione dei diritti umani e la costruttiva capacità della stessa comunità internazionale e degli organismi a tutela dei diritti fondamentali di mettere in discussione i principi stabiliti. Il sistema dei diritti umani si è "rigenerato" attraverso la prassi e ha promosso l'affermazione - quanto meno a livello regionale nel contesto interamericano e nell'ambito del *soft law* - del *diritto alla terra* quale diritto fondamentale dei popoli indigeni.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. in AIKIO & SCHEININ, a cura di, *Operationalizing the right of indigenous peoples to self-determination*, Åbo, 2000.
- AA.VV. in ALFREDSSON & STAVROPOULOU, a cura di, *Justice pending: indigenous peoples and other good causes : essays in honour of Erica-Irene A. Daes*, Leiden, 2002.
- AA.VV. in CHARTERS & STAVENAGHEN, *Making the Declaration Work – The United Nations Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, 2009.
- AA.VV. in CLARK & WILLIAMSON, a cura di, *Self-Determination: International Perspectives*, Londra, 1996.
- AA.VV. in FRANCONI, GESTRI, RONZITTI, SCOVAZZI, a cura di, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008.
- AA.VV. in GHANEA & XANTHAKI, a cura di, *Minorities, Peoples, and Self-determination : Essays in Honour of Patrick Thornberry*, Leiden, 2005.
- ÅHRÉN, SCHEININ & HENRIKSEN, *The nordic sami convention: International Human Rights, Self-Determination and other Central Provisions*, in *Gáldu Čála – Journal of indigenous Peoples Rights*, n. 3, 2007, pp. 3-96.
- ALBÓ & ROMERO, *Autonomías Indígenas en la Realidad Boliviana y su nueva Constitución*, La Paz, 2009.
- ALFREDSSON, *International Law, International Organisations, and Indigenous Peoples*, in *Journal of International Affairs*, n. 36, 1982, pp.113-124.
- ALEXANDROWICZ, *The European-African Confrontation. A Study in Treaty Making*, Leiden, 1973.
- ALEX, *Individual Rights and Collective Goods*, in NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991, pp.163-181.
- ALSTON, a cura di, *Peoples' Rights*, Oxford, 2001.
- ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 2004.
- ANAYA, *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: the more Fundamental Issue of what Rights Indigenous*

- Peoples have in Lands and Resources*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, 2005, pp- 7-17.
- ANAYA, *International Law and Indigenous People*, Wiltshire, 2003.
- ANAYA, *International Human Rights and indigenous Peoples: the Move toward the multicultural State*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, 2004, pp. 13-61.
- ANAYA, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, 2005.
- ANAYA, *The Human Rights of Indigenous Peoples*, in GÓMEZ & DE FEYTER, a cura di, *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Deusto, 2006.
- ANAYA, *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, in *Harvard Human Rights Journal*, n.14, 2001, pp. 33-86.
- AN-NA'IM, a cura di, *Human Rights in Cross-Cultural, Perspective*, Filadelfia, 1992.
- ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2004;
- Garet, *Communitarity and Existence: The Rights of Groups*, in *South California Law Review*, n. 56, 1993, pp. 1000-1050.
- APPIAH-OPOKU SETH, *The Need For Indigenous Knowledge in Environmental Impact Assessment: The Case of Ghana/Seth Appiah-Opoku*, New York, 2005.
- AYLWIN, *Derechos humanos y derechos indígenas en America del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos*, in INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, *Temas de derechos humanos en debate*, Lima, 2004, p. 156 ss.
- BAMONTE, *Indigeni, indigenismo e diritti umani*, Roma, 2003.
- BARIÉ, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, La Paz, 2003.
- BARTOLE, OLIVETTI RASON, PEGORARO, *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998.
- BERMAN, *The International Labour Organization and Indigenous Peoples: Revision of ILO Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988*, in *International Commission of Jurists Review* n. 41 del 1988, pp. 48-57.
- BOEREFIJN, *The Reporting Procedure Under the Covenant on Civil and Political Rights: Practice and Procedures of the Human Rights Committee*, Oxford, 1999.

- BROWN, *Sovereignty, Rights and Justice: International Political Theory Today*, Cambridge, 2002.
- BROWNLIE, *Treaties and Indigenous Peoples*, Oxford, 1996.
- BROLMANN, LEFEBER, ZIECK, *Peoples and Minorities and Human Rights*, Leiden, 1992.
- BULL, *The European States and African Political Communities*, in BULL & WATSON, *The Expansion of International Society*, Oxford, 1984.
- BURGER, *Report from the Frontier; The State of The World's Indigenous Peoples*, Londra, 1987.
- BUERGENTHAL-NORRIS-SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Americas*, Madrid, 1998.
- CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del Diritto*, n. 1, 2005, p. 45 ss.
- CANÇADO TRINDADE, *The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Interamerican Court of Human Rights*, in YEE & MORIN, a cura di, *Multiculturalism and International Law*, Boston, 2009.
- CASSEL, *Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs*, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2007, pp. 105-127.
- CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995.
- CASTELLINO and WALSH, a cura di, *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- CASTELLINO & ALLEN, *Title to Territory in International Law: a temporal analysis*, Ashgate, 2003.
- CASTRILLÓN ORREGO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas*, Parigi, 2006.
- CESCR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*, Santiago, 2004.
- CHESTERMAN, *"Chosen by the People"?: how Federal Parliamentary Seats might be reserved for Indigenous Australians without changing the Constitution*, in *Federal Law Review*, vol. 34, 2006, pp. 261-285.

- CITRONI, *L'Orrore rivelato, l'esperienza della Commissione di Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, Milano, 2004.
- COLQUE, *La propiedad colectiva o comunitaria: recientes enfoques y dilemas en la legislación agraria*, La Paz, 2009.
- CONETTI, *Studi sulle minoranze nel diritto internazionale*, Milano, 2004.
- CORNTASSEL & PRIMEAU, *The Paradox of Indigenous Identity: A Levels-of-Analysis Approach*, in *Global Governance*, vol. 4, n. 2, 1998, pp. 139-156.
- COWAN, DEMBOUR, WILSON, a cura, *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, Cambridge, 2001.
- CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995.
- CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 1979.
- DINSTEIN, *International Law in an Evolving World*, Montevideo, 1994.
- DEVASISH ROY, *The ILO Convention on Indigenous and Tribal Populations, 1957 (No. 107) and The Laws of Bangladesh: A Comparative Review*, Ginevra, 2009.
- DEVASISH ROY & HENRIKSEN, *Inclusion of Indigenous Peoples' Rights in the New Constitution of Nepal*, 2010, disponibile alla pagina web: <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications>.
- DE VARENNES, *Language, Minorities and Human Rights*, Leiden, 1996.
- DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, 2003.
- DONNELLY, *Human Rights, Democracy and Development*, in *Human Rights Quarterly*, n. 21, 1999, pp. 608-632.
- DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, in DONDERS, HENRARD, MEIJKNECHT & TEMPELMAN, a cura di, *Law and Cultural Diversity*, Utrecht, 1999.
- DOUGHERTY, *Group Rights to Cultural Survival: Intellectual Property Rights in Native American Cultural Symbols*, in *Human Rights Law Review*, n. 29, 1998, pp. 355-377.
- ERRICO, *The World Bank and Indigenous Peoples: the Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P.4.10.). Between Indigenous Peoples' Rights to Traditional Lands and to Free, Prior, and Informed Consent*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n.13, 2006, pp. 367-390.
- EVANS-MURRAY, a cura di, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice, 1986-2000*, Cambridge, 2002.

- FALK, *The Rights of Peoples (In particular Indigenous Peoples)*, in CRAWFORD, a cura di, *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, pp. 17-37.
- FAPPIANO, *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1997.
- FERNANDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, 1999.
- FODELLA, *International law and the diversity of indigenous people*, in *Vermont Law Review*, n. 30, 2006, pp. 565-594.
- GARKAWE, KELLY & FISHER, a cura di, *Indigenous Human Rights*, Sydney, 2001.
- GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, Bologna, 1999.
- GÓMEZ ISA, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, 2003.
- GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, *Derechos Humanos en el sistema interamericano*, Città del Messico, 2000.
- HANNAIKAINEN, *The Status of Minorities, Indigenous Peoples and Immigrant and Refugee Groups in Four Nordic States*, in *Nordic Journal of International Law*, n. 65, 1996, pp. 12-44.
- HARB & MORENO, *Constitución Política del Estado Reformada, Comentada, concordada. Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994*, La Paz, 1999.
- HARRIS & LIVINGSTONE, a cura di, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998.
- HAWKINS, *Autonomy and Indigenous People: Indigenous Rights and the Promise of a Limited Autonomy Model*, in SKURBATY, a cura di, *Beyond a one-dimensional state : an emerging right to autonomy?*, Leiden, 2004, pp. 337-349.
- HENRIKSEN, *Key principles in Implementing ILO Convention n. 169*, Ginevra, 2008.
- HERACLIDES, *Secession, Self-Determination and Non-Intervention: In Quest of a Normative Symbiosis*, in *Journal of International Affairs*, n. 45, 1992, pp. 400-411.
- HILL, *State authority, indigenous autonomy: Crown-Maori relations in New Zealand/Aotearoa 1900-1950*, Wellington, 2004.
- HITCHCOCK & VINDING, *Indigenous people's rights in Southern Africa*, IWGIA, Copenhagen, 2004.

- HOCKING, *Evaluating self-determination of indigenous people through political processes and territorial rights: the status of the Nordic Saami from an Australian perspective*, in *The Finnish yearbook of international law*, vol. 11, 2000, pp. 289-323.
- HOLDER, *Indigenous Peoples and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 1, 2002, pp. 126-151.
- HOLLEY, *Recognizing the rights of indigenous people to their traditional lands : a case study of an internally displaced community in Guatemala*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 15, 1997, pp. 119-157.
- HUNTINGTON, *Who are we?*, New York, 2004.
- IDLEMAN, *Multiculturalism and the Future of Tribal Sovereignty*, in *Columbia Human Rights Law Review*, n. 35, 2004, pp. 589-660.
- IORNS, "Indigenous Electoral Representation in International Human Rights Law", in MORRIS & GREATREX, a cura di, *Human Rights Research*, Wellington, 2003, pp. 1-18.
- IVISON, PATTON & SANDERS, *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, 2000.
- IWGIA & ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, *Enslaved Peoples in the 1990's. Indigenous Peoples Debt Bondage and Human Rights*, IWGIA n. 83, Copenhagen, 1997.
- JOHNSTON, *Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n. 1, vol. 1, 1989, pp. 19-32.
- KABUNDA BADI, *Derechos Humanos en Africa. Teorías y Prácticas*, Bilbao, 2000.
- KAMENCA, *Human Rights, Peoples' Rights*, in CRAWFORD, a cura di, *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988.
- KINGSBURY, *Alberico Gentili e il Mondo Extra-europeo: gli Infedeli, gli Indiani d'America, e la sfida della differenza*, Milano, 2001.
- KINGSBURY, *Claims by Non-State Groups in International Law*, in *Cornell International Law Journal*, n. 25, 1992, pp. 481-513.
- KINGSBURY, *Displacement and Relocation from Protected Areas: International Law Perspectives on Rights, Risks and Resistance*, in *Conservation and Society*, n. 4, 2006, pp. 404-418.

- KINGSBURY, *Indigenous Groups and the Politics of Recognition in Asia: Cases from Japan, Taiwan, West Papua, Bali, the People's Republic of China, and Gilgit*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 11, 2004, pp. 1-17.
- KINGSBURY, "Indigenous Peoples" as an International Legal Concept, in BARNES, GRAY, KINGSBURY, ARBOR, *Indigenous Peoples of Asia*, Cambridge, 1995, pp. 13-34.
- KINGSBURY, *Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, in *American Journal of International Law*, n. 92, 1998, pp. 414-457.
- KINGSBURY, *Neo-Madisonian Global Constitutionalism: Thomas M. Franck's Democratic Cosmopolitan Prospectus for Managing Diversity and World Order in the 21st Century*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, n. 35, 2003, pp. 291-301.
- KINGSBURY, *Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples*, in GOODWIN-GIL & TALMON, a cura di, *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, 1999, pp. 324-342.
- KINGSBURY, *People and Boundaries: An "Internationalized Public Law" Approach*, in BUCHANAN & MOORE, *States, Nations, and Borders: The Ethics of Making Boundaries*, Cambridge, 2003, pp. 298-315.
- KINGSBURY, *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law*, in *New York University Journal of International Law and Politics* n. 34, 2002, pp. 189-250.
- KINGSBURY, *Reconstructing Self-Determination: A Relational Approach*, in PEKKA AIKIO e MARTIN SCHEININ, a cura di, *Operationalizing The Right of Indigenous Peoples to Self Determination*, Abo, 2000, pp. 19-37.
- KINGSBURY, *Sovereignty and Inequality*, in *European Journal of International Law* n. 9, 1998, pp. 599-625.
- KINGSBURY, *The Applicability of the International Legal Concept of "Indigenous Peoples" in Asia*, in *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge 1999, pp. 336-377.
- KOSKENNIEMI, *National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 43, 1994, pp. 241-269.

- KUNIG, *Regional Protection of Human Rights by International law: the emerging African System*, Baden, 1985.
- KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995.
- KYMLICKA, *Right of Minority Cultures*, Oxford, 1995.
- LANGTON & PALMER, *Treaties, Agreement Making and the Recognition of Indigenous in*  
 LANGTON, a cura di, *Honour among nations?: treaties and agreements with indigenous people*, Melbourne, 2004.
- LEGG, *Indigenous Australians & International Law: Racial Discrimination, Genocide and Reparations*, in *Berkeley Journal of International Law*, n. 20, 2002, pp. 387-412.
- LEIRIS, *Race and Culture*, UNESCO, 1958.
- LENZERINI, *Reparation for Indigenous Peoples – International and Comparative Perspective*, Oxford, 2008.
- LEWINSKI, *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Londra, 2004.
- MAC KAY, *Guide to Indigenous Peoples' Rights in the Inter-American Human Rights System*, New York, IWGIA, 2002.
- MAC KAY, *Universal rights or a universe into itself? : Indigenous People's human rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples*, in *The American University international law review*, 2002, vol. 17, n.3, pp. 527-624.
- MAKKONEN, *Identity, difference and otherness: the concepts of people, indigenous people and minority in international law*, Helsinki, 2000.
- MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994.
- MORGAN, *Advancing Indigenous Rights at United Nations. Strategic Framing and Its Impact on the Normative Development of International Law*, in *Social and Legal Studies*, n. 13, 2004, pp. 481- 500.
- MEIJKNECHT, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Groningen, 2001.
- MELANDEZ COX, a cura di, *El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos*, San José, 1998.



- MEYER, *Transnational Autonomy: Responding to Historical Injustice in the Case of the Saami and Roma peoples*, in *International Journal on Minority Group Rights*, n. 8, 2001, pp. 263-292.
- MILLER, *Native America, Discovered and Conquered. Thomas Jefferson, Lewis and Clark, and Manifest Destiny*, Lincoln, Nebraska, 2008.
- MOLINAS, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la Nación y del Estado*, Ginevra, 2009.
- MOODY, *The Indigenous Voice: Vision and Politics*, Utrecht, 1993.
- MORTIMER & FINE, *People, Nation and State: The Meaning of Ethnicity and Naturalism*, London, 1999.
- MOYO & YEROS, *Reclaiming the land: the resurgence of rural movements in Africa Asia and Latin America*, Londra, 2005.
- OIL, *Application of Convention no. 169 to Indigenous and Tribal Peoples by domestic and international courts in Latin America - a case book*, Ginevra, 2009.
- OIL, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 [No.169]: a Manual*, Ginevra, 2005.
- OIL, *Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica - Una Guía sobre el Convenio N. 169 de la OIT*, Ginevra, 2009.
- OLIVA MARTINEZ, *Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional*, in APARICIO WILHEMI, *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, 2005, p. 47 ss.
- PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna, il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997.
- PENTASSUGLIA, *Defining "Minority" in International Law: A Critical Approach*, Rovaniemi, 2000.
- PENTASSUGLIA, *State sovereignty, minorities and self-determination: a comprehensive legal view*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 9, 2002, pp. 303-324.
- PRITCHARD, *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Londra, 1998.
- PRITCHARD, *The United Nation Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: An Analysis*, Melbourne, 1996.

- RAWLS, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, 1999.
- RENS, *Le programme andin*, Bruxell, 1987.
- RODRIGUEZ-PINERO, *Indigenous People, Postcolonialism and International Law: the ILO Regime (1919-1989)*, Oxford, 2005.
- ROULAND, PIERRÉ-CAPS & J POUMARÈDE, *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*, Brasilia, 2004.
- SANDERS, *Indigenous Peoples: issues of definition*, in *International Journal of Cultural Property*, n.8, 1999, Cambridge, pp. 4-13.
- SCOVAZZI, *Corso di Diritto Internazionale, Parte I, Caratteri Generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 2000.
- SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.
- SHAW, *The Heritage of the States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today*, in *British Yearbook of International Law*, n. 67, 1996, pp. 75-154.
- SOHN, *Guide to interpretation of the Conventant on Economic, Social and Cultural Rights*, Irvington, 1993.
- STAVENHAGEN, *Cultural Rights: A Social Science Perspective*, in HIEC, *Cultural Rights and Wrongs*, UNESCO, 1998, pp. 1-20.
- STAVENHAGEN, *The Ethnic Question – Conflicts, Development, and Human Rights*, Hong Kong, 1990.
- SUNDAR, *Assessing the Implications of Intellectual Property Rights on Agriculture, Biological Resource and Indigenous People*, New Delhi, 2006.
- SWEPSTON, *Human rights complaint procedures of the International Labour Organization*, in HANNUM, *Guide to International Human Rights Practice*, Filadelfia, 1992, pp. 99-116.
- TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001.
- TAHVANAINEN, *The Treaty-Making Capacity of Indigenous Peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 12, 2005, pp. 397-419.
- THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, 2002.
- THORNBERRY, *International Law and the Right of Minorities*, Oxford, 1991.

- TRAVIESO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: opiniones consultivas y fallos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1996;
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, 2008.
- UNICEF, INNOCENTI RESEARCH CENTRE, *Digest N. 11, Ensuring the Rights of Indigenous Children*, Siena, 2003.
- VAN COTT, DONNA LEE, *The firendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*, Pittsburgh, 2000.
- VENTURA ROBLES, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1981-1991*, San José, 1996.
- WALSH, *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*, Quito, 2002.
- WESTRA, *Enviromental Justice and the Rights of Indigenous Peoples*, Londra, 2007.
- WILMER, *The Indigenous Voice in World Politics*, Londra, 1993.
- WIESSNER, *Rights and Status of Indigenous Peoples: a Global Comparative and International Legal Analysis*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, pp. 58-128.
- WESSENDORF, a cura di, *Challenging Politics; Indigenous Experiences with Political Parties and Elections*, Copenhagen, 2001.
- WESSENDORF, a cura di, *Indigenous World 2009*, Copenaghen, 2009.
- WORLD BANK, *The World Bank Operational Manual-Revised Operational Policy and Bank Procedure on Indigenous Peoples (OP/BP 4.10)*, 2005.
- XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge, 2007.
- YASHAR, *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous People movements and postliberal challenge*, Cambridge, 2005.
- ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

## DOCUMENTI DI RIFERIMENTO

### ONU, Commissione per i Diritti Umani

CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7, 20 giugno 1977.

CRITESCU, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Developments on the Basis of United Nations Instruments*, New York, 1981 (E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1).

DESCHÊNES, *Proposal Concerning a Definition of the Term 'Minority'*, E/CN.4/Sub.2/1985/31, 14 maggio 1985.

MARTÍNEZ COBO, *Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1 marzo 1987.

DAES, *Discrimination Against Indigenous Peoples, Explanatory note concerning the draft declaration on the rights of indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 luglio del 1993.

*Standard-Setting Activities: Evolution of Standard Concerning the Rights of Indigenous People*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 giugno 1996.

ALFONSO MARTÍNEZ, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 giugno 1999.

*Indigenous Issues*, E/CN.4/2000/84, 6 dicembre del 1999.

EIDE & DAES, *Workingpaper on the relationship and distinction between the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 luglio 2000.

GILBERT, *Autonomy and Minority Groups – A Legal Right in International Law?*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/CRP.5, 5 marzo 2001.

DAES, *Indigenous peoples and their relationship to land*, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 giugno 2001.

*Prevention of discrimination and protection of indigenous peoples*, E/CN.4/Sub.2/2001/17, 9 agosto 2001.

## **ONU, Consiglio per i Diritti Umani**

STAVENHAGEN, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/4/32, del 27 febbraio 2007.

STAVENHAGEN, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, A/HRC/6/15, del 15 novembre 2007.

ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, A/HRC/9/9 del 11 agosto 2008.

## **CCPR**

*General Comment* N. 6 del 30/04/82 (16ma sessione).

*General Comment* N. 10 del 29/06/83 (19ma sessione).

*General Comment* N. 11 del 29/07/83 (19ma sessione).

*General Comment* N. 12 del 13/03/84 (21ma sessione).

*General Comment* N. 15 del 11/04/86 (27ma sessione).

*General Comment* N. 16 del 08/04/88 (32ma sessione).

*General Comment* N. 18 del 10/11/89 (37ma sessione).

*General Comment* N. 20 del 10/03/92 (44ma sessione).

*General Comment* N. 22 del 30/07/93 (48ma sessione).

*General Comment* N. 23 del 08/04/94 (50ma sessione).

*General Comment* N. 25 del 12/07/96 (57ma sessione).

*Concluding Observations*, Canada, 1999, CCPR/C/79/Add.105.

*Concluding Observations*, Australia, 2000, CCPR/A/55/40.

*Sandra Lovelace v. Canada*, Comm. N. 24/1977.

*Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Comm. N. 167/1984.

*Lansmann et al. v. Finland*, Comm. N. 511/1992.

*Apirana Mahuika et al v. New Zeland*, Comm. N. 547/1993.

*Hopu and Bessert v. France*, Comm. N. 549/1993.

*Jouni E. Lansman et al. v. Finlandia*, Comm. N. 671/1995.

*Diergaardt et al.v. Namibia*, Comm. N. 760/1997.

## **CESCR**

*General Comment* N. 14, E/C.12/2000/4, dell'11 agosto 2000.

*Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*, Santiago, 2004.

*Concluding Observations*, Bolivia, E/C.12/BOL/CO/2, 8 agosto 2008.

*Concluding Observations*, Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 4 gennaio 2008.

*Concluding Observations*, Brasile, E/C.12/BRA/CO/2, 12 giugno 2009.

## **CERD**

*General Recommendation XXIII, Concerning Indigenous Peoples*, CERD/C/51/Misc.13/Rev.4 del 18 agosto 1997.

*Concluding Observations*, Messico, CERD/C/304/Add.30, 11 dicembre 1997.

*Concluding Observations*, Botswana, A/57/18, del 1 novembre 2002.

*Concluding Observations*, Costa Rica, CERD/C/60/CO/3, 20 marzo 2002.

*Concluding Observations*, Suriname, CERD/C/64/CO/9, del 12 marzo 2004.

*Concluding Observations*, Suriname, CERD/C/64/CO/9, 28 aprile 2004.

*Concluding Observations*, Brasile, CERD/C/64/CO/2, 28 aprile 2004.

*Concluding Observations*, Venezuela, CERD/C/VEN/CO/18, 27 marzo 2007.

*Concluding Observations*, Nicaragua, CERD/C/NIC/CO/14, 19 giugno 2008.

*Concluding Observations*, Guatemala, CERD/C/GTM/CO/12-13, 19 maggio 2010.

## **Comitato CRC**

*Concluding Observations: Bangladesh*, CRC/C/15/Add.74, del 18/06/97.

*Concluding Observations: Australia*, CRC/C/15/Add.79, del 10/10/97.

*Concluding Observations: Venezuela*, CRC/C/15/Add.109, del 02/11/1999.

*Concluding Observations: Burundi*, CRC/C/15/Add.133, del 16/10/2000.

*Concluding Observations: India*, CRC/C/15/Add.115, del 23/02/2000.

*Concluding Observations: Japan*, CRC/C/15/Add.90, del 05/06/2000.

*Concluding Observations: Cile*, CRC/C/15/Add.173, del 3/04/2002.

*General Comment* n. 11, CRC/C/GC/11, del 12 febbraio 2009.

## **ACHPR**

Res. 51(XXVIII) 00: *Resolution on the Rights of Indigenous Peoples' Communities in Africa*, Benin, 6/11/2000.

Res. 65 (XXXIV) 03: *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities*, Gambia, 6 – 20/11/2003.

Res. 123 (XXXXII) 07: *Resolution on the Composition and Renewal of the Mandate of the Working Group on Indigenous Populations/Communities in Africa*, Congo, 28/11/2007.

*Social & Economic Rights Action Center (SERAC) v. Nigeria*, Communication 155/96, *Decisions on Communications Brought Before The African Commission*, annesso V, in *15th Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 2001-2002.

*Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*, Copenhagen, 2005.

*Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2007.

## **CIDH**

*Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.53, del 13 ottobre 1981.

*Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61, del 3 ottobre 1983.

*Informe sobre la situación e los derechos humanos de un sector de la población nicaraguense de origen miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, del 29 novembre 1983.

*Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*, caso N. 7964, 16 maggio 1984.

*Informe sobre la situacion de derechos humanos en Peru*, OEA/Ser.L/V/II.83, del 12 marzo 1993.

*The Human Rights Situation of Indigenous Peoples in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II.108, del 20 ottobre del 2000.

*Mary and Carrie Dann v. United States*, Report n. 75/02 del 27 dicembre 2002, par. 130.  
*Maya Indigenous Communities of the Toledo District - Belize*, Report n. 40/04, del 12 ottobre 2004.

## **Corte IDH**

*Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname*, Ser. C n. 11, sentenza del 10 settembre 1993.  
*Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Ser. C n. 79, del 31 agosto 2001.  
*Caso Comunidad Moiwana v Suriname*, Serie C n. 124, sentenza del 15 giugno 2005.  
*Caso YATAMA v. Nicaragua*, Ser. C n. 127, sentenza del 23 giugno 2005.  
*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Ser. C n. 125, sentenza del 17 giugno 2005.  
*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Ser. C n. 146, sentenza del 29 marzo 2006.  
*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Ser. C n. 214, del 24 agosto 2010.

## **OAS**

AYLWIN, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en America Latina: Antecedentes Historicos y Tendencias Actuales*, GT/DADIN/doc.97/02, del 8 novembre 2002.  
KREIMER, *Report of the Rapporteur, Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories*, GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, del 20 febbraio 2003.  
OAS, *Reports of Inter-American Commission of Human Rights*, AG/RES. 1022 del 18 novembre 1989.  
OAS, *Resolution, Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Populations*, AG/RES 1610 del 7 giugno 1999.  
OAS, *Working Group to Prepare the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Consolidated Text of the Draft Declaration prepared by the Chair of the Working Group*, GT/DADIN/doc.139/03, del 17 giugno 2003.



OAS, *Outcomes of the Six Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group*, GT/DADIN/doc.236/05 rev. 1, del 25 marzo 2006.

OAS, *Compendium of proposals of the ninth meetings of negotiations*, GT/DADIN/doc.255/06 rev. 2, del 26 gennaio 2007.

OAS, *Outcomes of the Eleventh Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group*, GT/DADIN/doc.334/08, del 18 aprile 2008.

OAS, *Classification of provisions that could facilitate consensus*, GT/DADIN/doc.329/08 rev. 4 del 22 luglio 2010.

## **OIL**

*Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 India*, pubblicato nel 1990.

*Individual Direct Request concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 Peru*, pubblicata nel 1991.

*Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957, Paraguay*, pubblicato nel 1991.

*Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Peru*, pubblicato nel 2003.

*Individual Observation concerning Convention No. 107, Indigenous and Tribal Populations, 1957 Bangladesh*, pubblicato nel 2005.

*Representation (article 24), Peru, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Peru of the Indigenous and Tribal People's Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the General Confederation of Workers of Peru (CGTP)*, GB. 270/16/4, 1998.

*Representation (article 24), Mexico, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Radical Trade Union of Metal and Associated Workers*, GB 276/16/3, 1999.

*Representation (art. 24), Ecuador, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by*

*the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB 277/18/4, 2000.*

*Representation (article 24), Colombia, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT), GB. 282/14/3, 2001.*

*Representation (article 24), Guatemala, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Guatemala of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Country and City Workers (FTCC), GB.299/6/1, 2007.*

## **EMRIP**

*Draft Guidelines on the Protection of Indigenous Peoples in Voluntary Isolation and in Initial Contact of the Amazon Basin and El Chaco, A/HRC/EMRIP/2009/6, del 30 giugno 2009.*

*Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, A/HRC/15/35, del 23 agosto 2010.*